

**LA NOCIÓN DEL DAÑO EMERGENTE EN LA ORDEN DE CONDENA EN
ABSTRACTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Monografía para optar por el título de Magíster en Derecho

José Alejandro Vélez Saldarriaga

Asesor: Esteban Hoyos Ceballos

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Maestría en Derecho

2020

La noción del daño emergente en la orden de condena en abstracto de la Corte

Constitucional

Introducción

Con ocasión del curso de la Maestría en Derecho de la Universidad EAFIT con énfasis en responsabilidad civil, pretendí elegir un problema jurídico que convocara -o que al menos pudiera generar interés- tanto en estudiosos del derecho privado como del derecho público. En efecto, encontraba muy enriquecedor identificar, en el estudio del ordenamiento jurídico colombiano, puntos de contacto entre las instituciones tradicionales de la responsabilidad civil y los análisis provenientes de otras disciplinas que pudieran dotar de contenido tales instituciones -las cuales a su vez son las herramientas del ejercicio académico y profesional del derecho de daños-.

Es importante mencionar que el interés por superar las tradicionales barreras entre lo público y lo privado no es en ningún caso nuevo y se ha consolidado de la mano de la denominada *constitucionalización del derecho* que por supuesto incluye también al derecho de daños a pesar de su tradición *ius privatista*. Así, en términos de Escobar Torres:

Ni la responsabilidad civil ni institución alguna que se refugie bajo la toga del derecho privado hoy puede estudiarse de manera aislada a los principios y valores de orden constitucional que permean incluso sus más arraigados dogmas. Lejos están los días en que derecho privado y público se mantenían alejados, si se quiere enfrentados, bajo la creencia de estar sustentados en valores y propósitos disímiles (Escobar, 2016, p.154).

Tal posición es compartida por el tratadista español Eugenio Llamas Pombo quien afirma que al civilista actual no debe interesarle tanto si su derecho es público o privado pues lo cierto es que el concepto de Estado Social de Derecho implica la necesidad de sensibilizarse por los intereses generales y colectivos, frente a lo cual el Estado ya no tiene, ni debe tener, una posición neutral en las relaciones individuales (Llamas Pombo, 2011).

Lo anterior al punto de que se ha planteado que el acercamiento entre lo que se ha considerado como derecho público y aquello que se ha denominado derecho privado, no solo es un efecto o consecuencia de la constitucionalización del derecho, sino que es una verdadera necesidad, pues el distanciamiento entre uno y otro crea verdaderos problemas para nuestro sistema jurídico. En términos de Botero:

La separación que viene dominando los debates científicos en torno al divorcio entre derecho público y derecho privado, están creando múltiples contradicciones que trastocan la coherencia valorativa de una sociedad que dice o pretende crear reglas de conducta para asegurar un orden social justo (que es por cierto el ápice de nuestro programa constitucional (Botero, 2017, p. 126).

En esa búsqueda de hallar puntos de contacto entre las instituciones del derecho civil y del derecho público puede nombrarse el artículo 25 del Decreto Presidencial 2591 de 1991 -que en ejercicio de las facultades que le confirió el literal b del artículo transitorio 5 de la Constitución Nacional, reglamentó la acción de tutela-, el cual previó la posibilidad de que el juez de tutela condenara al pago de indemnizaciones y costas al accionado cuando el afectado no dispusiera de otro medio judicial, la violación del derecho fuera manifiesta y consecuencia de una acción indiscutiblemente arbitraria y ello fuera necesario para el goce efectivo del derecho.

De esa manera, la acción de tutela, que en principio funciona como mecanismo preventivo frente a conductas que hayan violado, violen o amenacen violar un derecho fundamental, mediante la competencia de los jueces de dictar órdenes de hacer o no hacer (Constitución Política, 1991, art. 86, inc. 2) para evitar que tales situaciones generen una afectación definitiva, pasa a tener adicionalmente, en casos excepcionales, una función indemnizatoria específicamente respecto del daño emergente, aspecto que sin duda interesa al derecho de daños.

El presente trabajo pretende realizar, quince años después del magistral esfuerzo del profesor Ricardo Hoyos (Hoyos, 1995¹) y de los avances en la materia del profesor Diego Yáñez (Yáñez, 2016) un estudio pormenorizado sobre las decisiones de la Corte Constitucional para identificar, o al menos realizar ese esfuerzo, desde una óptica de la responsabilidad civil, la realidad de la condena del daño emergente proveniente de la potestad otorgada por el artículo 25 del Decreto 2591 apoyado en el estudio detallado de sus decisiones.

En ese sentido, el propósito de esta investigación es identificar cuál es el daño emergente al que la Corte Constitucional en sus decisiones ha condenado, verificar si el concepto de daño emergente es el mismo en todos los casos o si varía dependiendo del escenario constitucional en que se analice, confirmar si efectivamente corresponde a la noción de daño emergente que en el sentido tradicional se le atribuye en la Responsabilidad Civil y del Estado o si definitivamente es necesario una re-lectura del concepto de daño emergente en clave específica de la orden de indemnización de perjuicios facultada al juez de tutela con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para el cumplimiento de esos objetivos es necesario hacer varias precisiones preliminares: en primer lugar, es necesario advertir que existen dos momentos o situaciones distintas consagradas en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la orden y la liquidación. Esta precisión implica que, sin dudar de la trascendencia que tiene el momento de la liquidación, que debe realizar el juez incidental², posterior en cualquier caso a la orden del juez de tutela, ese no es el objeto de este

¹ Ricardo Hoyos Duque en su ponencia presentada en el Primer Congreso sobre Acción de Tutela, organizado por el Colegio de Abogados del Valle expresaba: ¿Pero sí será posible hallar un caso en el cual el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental pueda estar supeditado al reconocimiento de unos gastos que el afectado se ha visto obligado a realizar o que tendrá que realizar en el futuro? A primera vista no parece posible sobre todo si se tiene en cuenta su carácter personalísimo e inherente a la persona humana y a su dignidad, lo cual en principio despoja a tales derechos de contenido patrimonial y a su vez implica que no están condicionados a ningún reconocimiento económico (Hoyos, 1995, p. 59).

² De acuerdo con Yáñez “la consecuencia de esta propiedad es clara: el juez contencioso administrativo o civil, o dependiendo de la calidad del sujeto tutelado, no sabrá qué hacer con un proceso sin factores que doten de objetividad

trabajo y amerita un estudio extenso en las distintas ciudades y municipios del país para enriquecer el conocimiento jurídico de la actualidad judicial del país y verificar el estado del arte en la materia.

En segundo lugar, debe aclararse que el estudio jurisprudencial de las decisiones de la Corte Constitucional se realizó teniendo como foco la institución del daño emergente y no se realizó en clave de los análisis de la Corporación respecto de los demás supuestos de hecho que facultan o impiden al juez de tutela el ejercicio de la potestad otorgada por el artículo 25 del Decreto 2591. De tal manera, a pesar de que los supuestos de hecho correspondientes a no existir otro medio judicial, la existencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y la necesidad de la indemnización para asegurar el goce efectivo del derecho, son aspectos neurálgicos de la institución que han sido objeto de riguroso estudio por la doctrina (Yáñez, 2016) (Yáñez, Pabón & Santos, 2019), no son materia del presente trabajo más allá de algunos apuntes al respecto.

En tercer lugar, es importante indicar que, a pesar de que el juez de tutela puede en muchos casos cumplir una función indemnizatoria o de reparación pecuniaria con las ordenes que emite (Henaó, 2015), cuando las obligaciones de hacer o no hacer requieren necesariamente erogaciones de dinero que podrían entenderse como indemnizatorias³, este escrito se centra específicamente en las ordenes emitidas con fundamento directo en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y no en las

su decisión en cuanto a los criterios para la determinación de la cuantía del perjuicio y sobre las tipologías que eventualmente podría reconocer” (Yáñez, 2016, p. 49.)

³ Por ejemplo, en Sentencia T-448 de 2004 con ponencia de Eduardo Montealegre Lynnet se ordenó a la Empresa Metrotel S.A. “(...) que agencie lo que sea necesario para lograr que, con cargo a su patrimonio y si los cónyuges Lafaurie Cure así lo desean, se efectúe la mudanza de la familia Lafaurie Cure a un inmueble de similares condiciones al que habitaban al momento de interponer la acción de tutela de la referencia” (Corte Constitucional, Sentencia T-448, 2004). Asimismo, en Sentencia T-655 de 2011 con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub se ordenó: “al señor Héctor Alirio Forero Quintero que i) traslade por su cuenta a los demandantes Marilyn Ortiz Barbosa y su esposo Manuel Guio Lara y al señor Efraín Ortiz, respectivamente, a sitios de habitación, que se encuentren en condiciones similares a las que gozaban los de su propiedad antes de iniciarse la construcción del edificio Puerta del Sol PH, mientras se realice la construcción de los inmuebles de su propiedad” (Corte Constitucional, Sentencia T-655, 2011). Ver igualmente Sentencias T-085 de 2009; T-629 de 2010 y T-222 de 2014.

ordenes emitidas con fundamentos en otras facultades otorgadas por la Constitución y el Decreto Presidencial al juez constitucional.

Desde el punto de vista metodológico, el escrito comienza por plantear en un primer capítulo las características de la institución de la orden de condena en abstracto del daño emergente, continua en el segundo acápite definiendo lo que tradicionalmente se ha entendido por daño en el derecho de la responsabilidad civil así como sus tipologías incluyendo el daño emergente y finaliza con un capítulo que recoge el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde el año 1991 y hasta el año 2019 en clave del daño emergente, aprovechando los avances que jurisprudencial y doctrinariamente se han generado para esgrimir algunas conclusiones.

1. La orden de condena en abstracto del daño emergente

Prescribe el artículo 25 del Decreto 2591:

Artículo 25. Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado i.) no disponga de otro medio judicial, y ii.) la violación del derecho sea manifiesta y iii.) consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que iv.) conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del v.) daño emergente causado si ello vi.) 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 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. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considerara que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad (Subrayas y numerales son añadidos) (Presidencia de la República, 1991, Decreto 2591).

De una lectura literal del artículo 25 del Decreto Constitucional 2591 de 1991 se puede evidenciar que la condena al pago del daño emergente en abstracto, autorizada al juez de tutela en contra la entidad de que depende el demandado –y solidariamente contra éste si se considera que

ha mediado dolo o culpa grave- está condicionada a los siguientes requisitos: i.) que el afectado no disponga de otro medio judicial ii.) que la violación del derecho sea manifiesta iii) que la violación del derecho sea consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria iv) que se conceda la tutela v.) que el daño emergente se haya causado por la violación del derecho y vi) que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el texto de la norma, ejercida efectivamente la potestad conferida al juez de tutela de condenar al daño emergente en abstracto frente a la entidad de que depende el demandado -o de este si ha mediado dolo o culpa grave-, la liquidación, acto jurídico posterior -supeditado a la existencia de la orden de condena-, está a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, bajo unas reglas preestablecidas, a saber: i.) la liquidación se realiza del daño emergente y de los demás perjuicios ii.) la liquidación se realiza por el trámite incidental iii.) y el incidente debe promoverse dentro de los 6 meses siguientes al fallo de la tutela.

En ese sentido, deben diferenciarse dos momentos o actos jurídicos, con supuestos de hecho y naturaleza jurídica disímil: la orden y la liquidación. Así, por un lado la norma en comento dotó al juez de tutela, de una potestad, que se ejerce de manera oficiosa, para condenar al daño emergente cuando se cumplieran las condiciones de no existir otro medio judicial, ser necesaria la indemnización para el goce del derecho fundamental y que ello fuera consecuencia de una actuación evidentemente arbitraria por parte del demandado. Por el otro lado determinó que sería competente el juez incidental -ya no el juez de tutela- para resolver, a petición de parte y ya no de oficio, la liquidación del daño emergente y de los demás perjuicios bajo las condiciones expresadas con anterioridad en este escrito. Esa distinción es muy importante pues una de las grandes críticas que se realizan respecto del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 consiste en que la disposición en comento, al hablar de la liquidación del daño por parte del juez incidental -ya no de la orden de

condena por parte del juez de tutela- le da la competencia al juez incidental de liquidarlo junto a “*los demás perjuicios*”⁴. Las dificultades que genera la redacción de la norma han llevado incluso a afirmar que la misma norma imposibilita la adecuada comprensión de la institución haciéndola inaplicable o al menos generando un número muy reducido de decisiones (Yáñez, 2016, p. 55).

Ante la consagración de la figura, el 1 de octubre de 1992 con ponencia de José Gregorio Hernández, la Corte Constitucional, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591, se pronunció sobre la exequibilidad específica del artículo 25 –*indemnizaciones y costas*-, indicando en aquella oportunidad que no encontraba ningún motivo de inconstitucionalidad en tanto la potestad del juez de tutela de ordenar la indemnización del daño emergente no era más que la consecuencia jurídica natural de la comprobación del daño ocasionado por una acción u omisión antijurídica.

Así mismo expresó la Corporación que la disposición acusada no violaba el debido proceso en primer lugar pues no implicaba sustituir la jurisdicción especializada al tener únicamente autorización para ordenar la condena en abstracto-mientras que su liquidación le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo o al juez competente- y en segundo lugar pues aunque la tutela se guía por un procedimiento de carácter preferente, en cualquier caso debe garantizar el debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-543, 1992).

⁴ De acuerdo con Ricardo Hoyos: “Llama la atención que la norma señale que no sólo se liquida el daño emergente establecido en el fallo de tutela, sino los demás perjuicios, esto es, el lucro cesante y el daño moral. No se entiende cómo puede ser posible liquidar o cuantificar un perjuicio en un incidente, cuando ni siquiera ha sido declarado mediante providencia judicial ejecutoriada”. (Hoyos, 1995, p.61). Por su parte Magdalena Correa ha dicho “en cuanto a la previsión normativa que ha permitido que se incluya en el incidente post tutelis tutelorum la posibilidad de liquidar los demás perjuicios (...) sin lugar a dudas tal permisión legal entra a desvirtuar la naturaleza de la actuación, al admitir que se ventile un asunto que no fue debatido en el trámite principal y que, además no fue concebido como necesario para la protección del derecho fundamental, que es, como tantas veces se ha dicho en este lugar, el objeto materia de la acción e tutela. (Correa, 1997).

A partir de la decisión de la Corte Constitucional de declarar exequible la disposición que permite al juez de tutela emitir la orden de condena en abstracto del daño emergente, se han generado en la doctrina grandes debates respecto de la validez y conveniencia de la misma.

Un primer sector de la doctrina considera que la orden de indemnización en el trámite de tutela es inconveniente e incluso inconstitucional en tanto la vulneración o amenaza de un derecho fundamental no tiene consecuencias económicas, la celeridad del trámite de tutela es incompatible con un juicio de reparación que debe respetar el debido proceso (Charry, 1992) y porque la acción de tutela tiene naturaleza estrictamente preventiva a modo de medida cautelar y en ningún caso una función indemnizatoria (Yáñez, 2016, pp. 47-77).

Dentro de aquellos que abogan por la eliminación de la figura, el profesor Ricardo Hoyos Duque con base en el carácter cautelar de la acción de tutela⁵ expresó:

(...) si el alcance de la acción de tutela está circunscrita al restablecimiento o preservación de los derechos constitucionales fundamentales, en un orden lógico no puede extender sus facultades correctivas o preventivas a la interpretación y aplicación del derecho para declarar la responsabilidad del Estado o del particular que violó el derecho, y consecuentemente imponer una condena de indemnización de perjuicios (Hoyos, 1995, p.55)

Mientras tanto, otro sector de la doctrina defiende no solo la posibilidad, sino la necesidad, de mantener la potestad excepcional del juez de tutela de ordenar la indemnización, pero limitándola, expresamente al daño emergente⁶ pues ello se deriva directamente del texto de la norma que lo habilita. Entre quienes defienden esta postura el Maestro Gilberto Martínez Rave expresó:

⁵ De acuerdo con Hoyos Duque “De ahí que no pasa de ser un desatino que el art. 22 del Decreto Ley 2591 de 1991 aluda al concepto de situación litigiosa en el procedimiento de la acción de tutela, cuando resulta evidente que por su carácter fundamental el derecho constitucional amenazado o violado no puede estar en discusión, es inherente y de aplicación inmediata. Por consiguiente, lo que se busca con dicho procedimiento es su cautela, protección, amparo o tutela” (Hoyos, 1995, p.52).

⁶ Así, al estudiar esta figura el maestro Gilberto Martínez Rave expresó: “La norma es clara al limitar la capacidad del juez de la tutela a la indemnización del daño emergente, esto es al empobrecimiento patrimonial que el perjudicado ha tenido como consecuencia del daño sufrido con la violación de su derecho fundamental por la acción arbitraria del causante. El juez de tutela no podrá imponer condenación por lucro cesante ni por perjuicios morales en ninguna de sus manifestaciones. Su facultad queda reducida al reconocimiento de los perjuicios materiales en su manifestación de daño emergente cuando se presenten” (Martínez, 1998, p.579).

Es inexplicable que se pretenda eliminar o entorpecer un beneficio indiscutible para el perjudicado pretendiendo darle aplicación a procedimientos o trámites ordinarios, comunes, utilizables para indemnizaciones ordinarias cuando existe un procedimiento especial y ágil que permite que la persona sea resarcida de los perjuicios económicos que sufrió con la violación de su derecho fundamental. Obvio es que en muchos casos no se dan esos perjuicios y por lo tanto el juez de tutela no debe disponer esa indemnización, si no se satisfacen esas exigencias del art. 25 del decreto ley reglamentario de la acción de tutela. Pero en los casos en que se satisfacen debe ordenar su indemnización, y aceptar que no se viola ningún derecho por cuanto en el incidente de regulación tanto el condenado como el perjudicado debatirán el monto de la indemnización que deberá concretar el juez. Si no se acredita el daño emergente el juez del incidente no está obligado a tasar en concreto los perjuicios (Martínez, 1996, p.585).

Por último, quien se puede considerar el máximo exponente en Colombia en lo referente al estudio de la institución consagrada en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, el profesor Diego Yáñez considera que las ordenes de reparación no deben limitarse a las tipologías de perjuicios de daño emergente pues la orden proviene del deber de garantía de los derechos. Especialmente sostiene que en los casos de reparaciones para las víctimas del conflicto armado y del desplazamiento forzado, el proceso constitucional de tutela un juicio debe constituir un juicio resarcitorio procedente para la materialización del derecho fundamental a la reparación adecuada, efectiva, rápida y justa del daño sufrido, en los términos de la Constitución Política de 1991 siendo así una medida necesaria de discriminación positiva para la población vulnerable (Yáñez, 2016).

2. El daño emergente en la responsabilidad civil

Para poder cumplir con el objetivo de determinar cuál es el daño emergente que ha ordenado la Corte Constitucional indemnizar en los casos de violación a derechos fundamentales vía tutela, es necesario primero hacer una pequeña reflexión para el lector, respecto de lo que el derecho de daños ha entendido tradicionalmente por daño emergente, lo cual implica, preliminarmente, hacer una pequeña referencia al concepto de daño y sus tipologías, aspectos que han sido ya ampliamente abordados por los grandes maestros de la disciplina así como por la jurisprudencia.

Al respecto, vale indicar que el ordenamiento jurídico colombiano no se ocupó, quizá por la pretensión de otorgarle gran amplitud al concepto⁷, de definir qué es daño o perjuicio⁸. A pesar de ello ambos términos son usados continua e indistintamente en el Código Civil -y en general de manera transversal a lo largo de todo el ordenamiento-. Debido a la ausencia de definición, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de realizar el esfuerzo de dotar de contenido el concepto de daño, que es -y ha sido históricamente-, el pilar fundamental del estudio de la disciplina.

Ello ha sido expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

Es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Tomo CXXIV, 1968, p. 62)⁹.

Pues bien, existen múltiples definiciones del daño entre las que pueden citarse al menos las siguientes: i.) De Cupis “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (De Cupis, 1970, p. 81) ii.) Hinestrosa “daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebrante económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima y en el padecimiento moral que la acongoja” (Hinestrosa, 1967, p. 529) iii.) Juan

⁷ En términos de Luis Felipe Botero “lo que hoy se estima como daño no es lo mismo de lo que ocupaban las primeras sociedades y sus codificaciones. Basta recordar la segunda regla del Código Hammurabi que sentenciaba “si un hombre embrujó a otro hombre y no puede justificarse, el embrujado irá al río sagrado y se arrojará en él: si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa. Si el río sagrado lo absuelve y lo devuelve salvo, aquel que se arrojó al río sagrado tomará la casa de quien pronunció el embrujo” (2017, p. 104).

⁸ Así: “No existe en nuestro estatuto civil- ni en ninguna otra de las codificaciones nacionales- una definición general de daño o perjuicio. Existe por un lado la regla según la cual quien cause un daño de forma dolosa o culposa debe indemnizarlo (artículo 2341) y por otro, aquella que pretende fijar lo que comprende la indemnización de perjuicios (artículo 1613). Encontramos también una serie de subreglas que leídas individualmente imponen la existencia del daño como requisito sine qua non para el nacimiento de la obligación de indemnizar, así, los artículos 2343, 2344, 2345, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y el 2356 del Código Civil”. (Botero, 2017, p. 108)

⁹ Reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015

Carlos Henao: “daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”¹⁰ (Henao, 1998). iv.)

Valencia Zea “cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas”

(Valencia Zea, 1960, p. 196); v.) Martinez Rave “daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo” (Martinez, 1998, p.160)

Para vi.) Tamayo:

Daño civil indemnizable es el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, derivada de la lesión a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial (económico) o extrapatrimonial (no económico). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima (Tamayo, 2008, p.332).

Una definición más novedosa pretende dar una noción de daño proveniente del derecho procesal, en efecto para vii.) Luis Felipe Botero, daño es:

“(…) aquella amenaza, privación o alteración al núcleo de protección (NP) de un sujeto de derecho, individual o colectivo, de tal intensidad, que un sistema de derecho justo no puede aceptar como irrelevante, tenga o no un efecto económico mensurable. Al considerarlo digno de tutela, el sistema dota a la víctima (daño individual), víctimas (daño masivo) o al actor popular (daño difuso y colectivo) de una serie de remedios que le(s) permiten prevenir el daño, hacerlo cesar, obtener su reparación, restitución, compensación y en algunos casos, legal o contractualmente previstos, su castigo (Botero, 2017, p. 74).

De las definiciones planteadas puede evidenciarse que a pesar de las diferencias entre y unas y otras, se puede aceptar en términos generales entender que el daño consiste en una privación, alteración, merma o aminoración de una situación o interés que es protegido por un ordenamiento específico.

Ahora bien, a partir de las definiciones dogmáticas del daño, la doctrina ha realizado un esfuerzo por categorizar cuáles son entonces aquellos tipos de daños que deben indemnizarse en

¹⁰ Aunque esta definición parece equivocada porque se circunscribe en lo patrimonial, pero él dice que en el patrimonio están tanto los bienes patrimoniales como extrapatrimoniales. Se le critica que la definición desconoce la teoría clásica francesa sobre el patrimonio que dice que solo está conformado por bienes apreciables económicamente. Recientemente Henao acuñó otra definición “daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona.

el ordenamiento, acudiendo históricamente, a distintas clasificaciones. Tal esfuerzo por distinguir los tipos de daños tiene su justificación en tanto la doctrina ha entendido que los daños deben indemnizarse realizando la discriminación de las categorías de perjuicios resarcibles, para evitar indemnizar varias veces el mismo concepto, lo que se conoce como los principios de vertebración y diferenciación del daño¹¹ (Solarte, 2016). En términos de Martín Casals “debe producirse una clara separación, dentro de los tipos de daños, de las concretas subespecies o partidas de daño que se indemnizan” (Martín Casals, 2011, p. 3).

Pues bien, en ese esfuerzo por indicar cuáles son los daños que se indemnizan, durante mucho tiempo se consideró que para el derecho civil el único daño que tenía importancia y que podía ser reparado era el patrimonial o medible en dinero. Tal paradigma se apoyó presuntamente en la fórmula del jurisconsulto Paulo incluida en el Digesto según la cual “el daño y la condena se predicen tanto de la privación como de la disminución del patrimonio¹²” (Digesto, Libro XXXIX, título II, Ley 3ª citada por Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 10297-2014, 2014). Fue quizá por ese motivo, que nuestro Código Civil únicamente consagró legislativamente dos tipos específicos de daños indemnizables, ambos con contenido económico. Así, la Ley 57 de 1887 en el título 12 que se encarga de regular el efecto de las obligaciones, más específicamente al hablar del incumplimiento contractual¹³, en sus artículos 1613 y 1614 prescribió:

Artículo 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente. (Ley 25, 1887, art. 1613). (Subrayas añadidas)

¹¹ El principio de vertebración establece que la valoración debe llevarse a cabo mediante una estricta separación entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales. Por su parte, el principio de diferenciación implica que debe producirse una clara separación, dentro de los dos tipos de daños, de las concretas subespecies o partidas de daño que se indemnizan.

¹² *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonio dicta sunt.*

¹³ A pesar de que la clasificación de los daños se encuentra regulada únicamente en la responsabilidad contractual es aplicada igualmente a la responsabilidad extracontractual.

Artículo 1614. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento (Ley 25, 1887, art. 1614).

Sin embargo, tanto la Jurisprudencia como la doctrina, apoyados en antecedentes históricos, así como en razones de justicia, han reconocido, de vieja data, la existencia de perjuicios que se denominan extrapatrimoniales o inmateriales y que son aquellos que por su naturaleza no son medibles en dinero. En efecto, ya desde las Siete Partidas (1252-1284), documento que marcó de manera importante la regulación del fenómeno de la indemnización de perjuicios en el Código Civil de Bello¹⁴, el daño podía generarse como consecuencia de la afectación de bienes materiales pero también por la afectación de intereses extrapatrimoniales. Así, daño era: “(...) *el empeoramiento o menoscabo que home recibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro*”. En ese sentido el daño recaería sobre algo extrapatrimonial que se denomina ‘el hombre en sí mismo’, en contraposición a ‘las cosas del hombre’, que era lo patrimonial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 10297-2014, 2014).

De tal manera, a pesar de que la consagración legislativa del Código Civil, únicamente daba cuenta de la existencia de dos subespecies de daño, ambas de contenido patrimonial, el daño emergente y el lucro cesante, el reconocimiento jurisprudencial y doctrinal de los perjuicios no medibles en dinero, dio lugar a la creación de otras clasificaciones que incluyen intereses no patrimoniales:

1. Daños materiales y daños morales: Con esta clasificación se quiere significar el tipo de daño en la clasificación tradicional. En tal caso los perjuicios de orden material son aquellos que atentan

¹⁴ De acuerdo con Luis Felipe Botero “Cuando se observan las anotaciones que el mismo Bello hizo en sus proyectos de Código Civil, (tanto el inédito como el de 1853), se encuentra una marcadísima influencia del derecho español, en particular de las Siete Partidas. De los veintiún artículos que componían el título sobre delitos y cuasidelitos, todas las anotaciones marginales hechas por Bello, salvo una, remiten a las Siete Partidas”. (Botero, 2017, p. 108)

contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero (Henaó, 1998). Como se dijo, nuestro Código Civil divide esos daños en el denominado daño emergente y el lucro cesante (artículos 1613 y 1614). Hay daño material en su modalidad de daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia de la acción u omisión del responsable, en otros términos, es una “pérdida experimentada”¹⁵. Por su parte se presenta daño material en su modalidad de lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar al en el curso normal de las cosas, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima.

Por su parte los perjuicios morales son en realidad un sinónimo de perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales, es decir, aquellos que afectan intereses no económicos o no medibles en dinero. Sin embargo, aquellos perjuicios adoptaban el nombre de perjuicios morales por ser los perjuicios morales los que se reconocían histórica y tradicionalmente en Colombia desde el famoso caso de León Villaveces (Corte Suprema de Justicia, 1922, Gaceta Judicial Tomo XXIX)¹⁶. Hoy en día, la jurisprudencia en general ha superado esas categorías y reconoce otros perjuicios extrapatrimoniales -o de índole inmaterial en otros términos-, distintos del daño moral, tales como el daño a la vida de relación en la jurisdicción ordinaria o el daño a la salud en la jurisdicción contencioso administrativa¹⁷ y el daño a bienes constitucional o convencionalmente

¹⁵ En términos del Consejo de Estado “como lo ha sostenido reiteradamente la Sección, estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo” (Consejo de Estado, Sentencia Rad 38738, 2014).

¹⁶ Una visión alternativa al origen del reconocimiento del daño moral en Colombia ha sido planteada por Maximiliano Aramburo, quien a diferencia de la doctrina mayoritaria alude al fallo Rosazza como el verdadero origen del reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales en Colombia. Véase (Aramburo, M., (2018). ¿Villaveces o Rosazza? Una hipótesis sobre el daño moral. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/villaveces-o-rosazza-una-hipotesis-sobre>)

¹⁷ La Sección Tercera del consejo de estado reconoce por daños materiales los conceptos de daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad. Y reconoce por concepto de daños inmateriales: el perjuicio moral (afectaciones en

protegidos con distinta denominación en ambas especialidades, razón por lo cual en la generalidad de los fallos no se acude a dicha terminología¹⁸.

2. Daños patrimoniales (económicos) y extrapatrimoniales (no económicos): nuevamente esta clasificación tiene como criterio el tipo de derecho o interés afectado. Así, cuando alguien se refiere a la afectación de bienes patrimoniales, está haciendo alusión a aquellos que son apreciables en dinero. Tal como en la clasificación que los denomina daños materiales, los daños patrimoniales se subdividen en el daño emergente y el lucro cesante sin que la definición de tales subpartidas sufra variación alguna. Por su parte y teniendo en cuenta la superación del daño moral como único perjuicio no patrimonial indemnizable, se denominan extrapatrimoniales a aquellos daños que afectan intereses no medibles en dinero como son el daño moral, el daño a la vida de relación (o daño a la salud en la jurisdicción contencioso administrativa) y los daños a bienes constitucional o convencionalmente protegidos¹⁹.

3. Daños corporales, materiales o inmateriales puros: Por último, se ha acudido a una clasificación que atiende primeramente al bien o derecho que resulta afectado en cada caso y del cual se pueden derivar afectaciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Se trata entonces de una

la esfera interna del ser humano), el daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico derivado de una lesión corporal o psicofísica) y daño a bienes constitucionales y convencionales (cualquier otro bien, derecho o interés legítimo que no sea daño corporal o afectación a la integridad psicofísica).

¹⁸ Sin embargo, es importante indicar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia así como la Sala Laboral siguen utilizando con bastante frecuencia los conceptos de daño moral objetivado y daño moral subjetivado “La doctrina ha distinguido entre los segundos una doble especie, la de los que trascienden la órbita de la intimidad de la persona, y la de aquellos que desbordan ese mundo de la subjetividad para producir externamente efectos y consecuencias que afectan la capacidad productiva o laboral de la persona. A los primeros los denomina “daño moral subjetivo” y a los segundos “daño moral objetivable” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 14 de octubre de 2015. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro; Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 27 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve).

¹⁹ Es importante indicar como lo establecen Velásquez y Garrido que “En Colombia, la tipología del daño y su indemnización dependen de la jurisdicción en que se demande. La razón es que en la práctica existen unos criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia que los Juzgados Municipales, de Circuito y Tribunales Judiciales no siguen, porque han preferido establecer sus propias tipologías de daño extrapatrimonial y, al mismo tiempo, las cuantías sobre las cuales se debe fijar su compensación” (Velásquez & Garrido, 2016, p. 55). De tal modo, aunque esos son en términos generales los daños que se han reconocido existen otros como el sexual, estético, etc.

clasificación que pretende refinar la división entre perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales o materiales e inmateriales, diferenciando en primer lugar el interés donde golpea el hecho dañoso.

Esta clasificación permite si se quiere, lo que en términos de Maximiliano Aramburo sería:

(...) reivindicar la distinción entre daño y perjuicio (o en la terminología de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, entre daño evento y daño consecuencia) teniendo al primero como la afectación del derecho o interés lesionado y al segundo como la proyección económica de esa afectación (Aramburo, 2015, p. 201).

De esta manera los daños pueden ser:

- i.) - Corporales: cuando el hecho dañoso genera la afectación del cuerpo humano. De tal afectación (daño evento o daño en sentido físico) se pueden derivar tanto perjuicios (daños consecuencias o perjuicios simplemente) patrimoniales (en la modalidad de daño emergente y lucro cesante cuya definición no sufre variación alguna) como perjuicios extrapatrimoniales (daño moral, daño a la vida de relación, daño a bienes constitucional o convencionalmente protegidos)²⁰.
- ii.) - Materiales: cuando el hecho dañoso impacta directamente sobre un bien material perceptible por los sentidos. Nuevamente los daños materiales pueden generar tanto perjuicios -o daños consecuencia si se quiere- patrimoniales (daño emergente y lucro cesantes sin variación en su definición) que son los usuales con la afectación de las cosas o eventualmente si logra probarse una afectación extrapatrimonial sufrida como consecuencia de la pérdida de una cosa.
- iii.) - Inmateriales puros: por último, encontramos aquellos casos en que el hecho dañoso no impacta directamente la integridad física de la persona ni una cosa material, sino que afecta

²⁰ En contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial – además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 10297-2014, 2014).

cualquiera otros intereses o derechos. Nuevamente un daño inmaterial puro puede derivar afectaciones de tipo patrimonial (daño emergente o lucro cesante sin cambiar su definición) o afectaciones de tipo extrapatrimonial en sus distintas tipologías.

Como se dijo, con esta última clasificación, para saber qué tipo de daño hay, se analiza la situación que produjo el hecho dañoso (daño, daño en sentido físico o daño evento) y una vez hecha esa constatación, se verifica qué tipo de perjuicios (daño consecuencia o perjuicios simplemente) sufrió una persona, que son los que se le van a indemnizar. Alejandro Gaviria sintetiza de manera muy acertada este panorama así:

El daño material se ha entendido como el daño en las cosas, el daño corporal como la afectación a la integridad física de la persona; mientras que el inmaterial es aquel que no es ni material ni corporal, por ejemplo, la afectación al buen nombre. Ahora, cada uno de estos daños puede generar diversas clases de perjuicios, pero en general se habla de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales (...)" (Gaviria, 2017, p. 94).

Este tipo de clasificación que trata de diferenciar la sede en la cual se produce el hecho dañoso de las consecuencias que el mismo genera en el patrimonio de la persona, ha dado lugar a una discusión histórica en la doctrina del derecho de daños sobre la identidad o diferencia que existe entre el concepto de daño y el concepto de perjuicio, frente a lo cual se han ido consolidando a grandes rasgos al menos tres posturas.

En primer lugar, se encuentran quienes se adscriben a la denominada teoría *monista* según la cual daño y perjuicio son en realidad la misma cosa, sinónimos, y plantean que no existe ninguna razón conceptual ni legal para diferenciar ambos conceptos. Para sustentar esa postura, los autores presentan la forma indistinta en que uno y otro término son utilizados en nuestra legislación y plantean así mismo que exigir el desdoblamiento entre el daño evento y el daño consecuencia dejaría sin protección ciertos bienes patrimoniales o extrapatrimoniales por cuanto su afectación no siempre tiene proyecciones en otros bienes jurídicos.

Así en términos de Tamayo:

(...) no sería lógico que el daño consistiera en la lesión de ciertos bienes patrimoniales o extrapatrimoniales como consecuencia de la lesión ocasionada a otro bien extrapatrimonial cuya destrucción por sí sola no constituye un daño. ¿Con qué argumento lógico jurídico podríamos decir que la lesión a un determinado bien jurídico constituye un daño, mientras que el atentado contra otros, no? (...) Por todo ello pensamos que, desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño; si como consecuencia de esa disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia. (...) [así] La pérdida de la vida o de la integridad personal constituyen, por sí solas, un daño en sentido jurídico, independientemente de que, a causa de su realización, se afecten otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima o de personas diferentes, lo que daría lugar a la producción de nuevos daños²¹” (2017, pp. 2-3).

En segundo lugar, la teoría dualista sostiene que por un lado está el daño como efecto nocivo o afectación de una cosa, el cuerpo u otro interés y por otra parte se encuentran los perjuicios, que son las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de ese efecto nocivo y que son lo que en realidad se indemniza con la acción de responsabilidad civil. En otros términos, el daño es un hecho, la transformación de la realidad, el hecho escuetamente presentado, mientras que los perjuicios son la consecuencia o el conjunto de consecuencias que se producen por alteración de la realidad. En términos de Sergio Rojas:

En un terreno ideal, el concepto de daño debe desdoblarse en dos concepciones o estadios: uno, que puede denominarse dogmático, en el que se analiza si ha existido una lesión, una afectación o un menoscabo sobre un interés jurídico tutelado a efectos de determinar si existe responsabilidad; y otro, en el evento de que tal responsabilidad efectivamente se haya comprometido, orientado a analizar qué repercusiones negativas se han generado en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, con miras a determinar la indemnización. Así se comulga con la idea de que toda alteración negativa de un interés tutelado es, efectivamente un daño en sentido dogmático que, en su condición de tal puede comprometer la responsabilidad del actor. Sin embargo, ese daño dogmático no da lugar necesariamente a un pago. (...) es necesario acreditar además la existencia de una repercusión –una consecuencia desfavorable- que será en términos estrictos, la que detonará la indemnización en términos fácticos. Así se podrá esbozar un mapa claro de la vertebración: el daño a evaluar en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad como un daño evento (concepto dogmático) y los perjuicios resultantes como daños consecuenciales o rubros a indemnizar (Rojas, 2017, p. 200)

²¹ Así de acuerdo con Tamayo: “Bien vistas las cosas, no hay diferencia esencial entre ambos tipos de daños: dañar una cosa o lesionar a una persona es sustancialmente lo mismo que desconocer o vulnerar los privilegios y potestades del titular de un derecho patrimonial o extrapatrimonial” (2017).

Por último, existe lo que podría denominarse una teoría ecléctica o intermedia, que plantea que la distinción entre daño y perjuicio es una categorización que puede resultar útil en algunos casos, pero que no es en estricto sentido necesaria, dado que existen eventos donde no es posible desdoblarse el objeto de impacto del hecho dañoso de sus consecuencias y tampoco ello es requisito para que surja el deber de reparación, pues lo único necesario es el daño (Moreno, 2015). En efecto, para esta teoría, distinguir el daño y el perjuicio es útil pues permite lograr la reparación integral al facilitar la identificación de todos los intereses afectados por un mismo daño (incluyendo las hipótesis de daños colectivos y de víctimas indirectas) así como para identificar casos extraños de daños que pueden causar beneficios. Lo equivocado para quienes defienden la postura es exigir ese desdoblamiento (daño-perjuicio o daño evento-daño consecuencia o daño en sentido físico y daño en sentido jurídico) como requisito de la responsabilidad civil, porque así se desconocerían por ejemplo los “daños inmateriales puros²²” que no generen consecuencias adicionales a la infracción del derecho. De tal manera, de acuerdo con esta corriente, la vulneración a un interés jurídico protegido no deja de ser resarcible por no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación o la esfera psíquica o interior del sujeto; y por el contrario solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

Más allá de estas discusiones doctrinales, aun cuando se haga un análisis de las distintas clasificaciones que se han planteado históricamente en la responsabilidad civil respecto de los tipos de daños o incluso sobre la identidad entre los conceptos de daño y perjuicio (daño, daño en sentido físico, daño evento y daño en sentido jurídico, daño consecuencia) –sea cual sea la postura que se

²² “El “daño inmaterial puro” debe diferenciarse del “daño inmaterial consecuencial”, entendido este último como las consecuencias inmateriales de un daño corporal o material. Así, el lucro cesante por la pérdida de una cosa es un daño inmaterial consecuencial, y también lo son los daños morales y a la vida de relación derivados de la muerte o de la lesión de una persona” (Moreno, 2015, p. 5).

acepte como válida-, el concepto de daño emergente bien entendido como perjuicio patrimonial derivado de un daño corporal, material o inmaterial, bien como un tipo de daño material o bien simplemente como daño patrimonial, no ha tenido, en ningún caso, una variación en su definición. En efecto hay acuerdo pacífico en que se trata de una afectación cierta, experimentada o que necesariamente se presentará, medible en dinero, del patrimonio económico de la víctima como consecuencia de una acción u omisión del agente dañador.

En ese sentido, si la norma del Decreto 2591 de 1991 habla de la potestad de condena del daño emergente por parte del juez de tutela, deberíamos encontrar entonces en los casos decididos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en la hipótesis fáctica, se presentó una repercusión negativa en el patrimonio económico de la víctima (llámese a esto perjuicio, daño en sentido jurídico, daño consecuencia o simplemente daño), como resultado de la violación de uno o varios derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por la acción de tutela (llámese a esto último daño en sentido físico, o daño evento o daño simplemente).

Por último y antes de comenzar con los hallazgos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional vale la pena realizar una mención especial a la forma de reparar el daño dependiendo de su tipología. En efecto se ha considerado por la doctrina que “(...) la reparación, aunque imperfecta, asume un rol preponderante en la atención de potenciales daños patrimoniales, mas no así en cuanto a la atención de los eventuales perjuicios extrapatrimoniales que podría sufrir” (Escobar, 2016, p. 175). En ese sentido, mientras las indemnizaciones por daños patrimoniales tienen un carácter resarcitorio o indemnizatorio, las indemnizaciones por daños inmateriales no tienen carácter indemnizatorio en estricto sentido pues no es posible recomponer la situación de la víctima previa al hecho dañoso. Se trata de una medida meramente compensatoria que pretende mitigar la aflicción causada. Así Arturo Solarte ha dicho

El propósito de la indemnización de perjuicios frente al daño extrapatrimonial opera más a la manera de una satisfacción o compensación que el ordenamiento brinda al perjudicado por las afectaciones padecidas, que, de una verdadera reparación o resarcimiento del daño efectivamente sufrido, dado el reconocimiento que se ha hecho a la imposibilidad de lograr este primigenio propósito del derecho de daños en este tipo particular de perjuicios. (Solarte, 2009, p.139-140)

De tal manera, si la Corte Constitucional ha ordenado la condena del daño emergente se tratará entonces de una medida resarcitoria y no simplemente de una medida compensatoria que se presenta frente a situaciones que por su naturaleza no pueden ser resarcidas como sucede con los daños que se denominan extrapatrimoniales, inmateriales o inmateriales puros dentro los que pueden contarse la afectación a bienes constitucional o convencionalmente protegidos.

3. La orden de indemnización de perjuicios en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional (1991-2019)

A pesar de ser una constante la afirmación de que la orden indemnizatoria del juez de tutela es una institución excepcionalísima (Yáñez, Pabón & Santos, 2019), solo la Corte Constitucional (sin incluir las decisiones de todos los demás jueces de la República que son también jueces de tutela en virtud del principio de supremacía constitucional del artículo 4 de la Carta), ha condenado al daño emergente con fundamento en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 al menos en 36 oportunidades²³ y lo ha hecho en múltiples escenarios constitucionales con decisiones casi en todos los años desde 1992.

En efecto, más allá de las valiosas discusiones académicas sobre las bondades o dificultades que acarrea la posibilidad del juez constitucional de condenar al daño emergente en abstracto en la acción de tutela, un hecho cierto es que esa disposición normativa -que no tiene un desarrollo legislativo o reglamentario adicional en Colombia- ha dado lugar a múltiples decisiones judiciales

²³ El profesor Diego Yáñez en su texto *Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños* daba cuenta de 28 sentencias para el año 2016 y en su texto *Orden de condena de perjuicios en abstracto en la acción de tutela: subreglas en su inaplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional* de 29 sentencias para el 2018

por parte de la Corte Constitucional, a través de las cuales efectivamente ha condenado al accionado o a la entidad de la que depende, a la indemnización en abstracto del daño emergente con fundamento en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991.

Este capítulo buscará entonces presentar esas decisiones, teniendo en cuenta aspectos de la parte considerativa de las sentencias, así como de la parte resolutive, tratando de agrupar si es posible aquellas que tienen un núcleo común, para analizar cuál es el daño emergente al que la Corte ha condenado en sus decisiones. En este caso la clasificación de los fallos de la Corte Constitucional se realiza de acuerdo con el derecho que se considera violado en mayor medida o que mejor agrupa el conjunto de decisiones pues a pesar de la diferencia de criterios a la hora de hacer uso de la potestad del artículo 25 pueden al menos plantearse situaciones similares.

3.1. Habeas data:

El derecho al habeas data ha sido uno de los derechos con mayor desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, lo cual se debe con cierta certeza a que a pesar de su consagración en el artículo 15 constitucional, su reglamentación tuvo que esperar hasta la expedición de las leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012 y por ello la Corte asumió la defensa jurídica de aquel derecho. En efecto, la primera orden de indemnizar perjuicios por parte de la Corte Constitucional en el ejercicio de las competencias otorgadas por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se dictó el 16 de junio de 1992 frente a un caso relativo al habeas data. En esa ocasión, con ponencia de Ciro Angarita Barón, se analizó el caso de una persona que alegaba la violación de su derecho fundamental al habeas data por parte de ciertas entidades financieras en tanto no se le retiró de una lista de deudores morosos, aun cuando judicialmente se había declarado prescrita su obligación. La Corte, luego de realizar un profundo análisis ius-filosófico del derecho al habeas data y su relación con la dignidad humana, la libertad, la intimidad y el derecho a la información-

y sin tener en cuenta la más mínima consideración fáctica respecto del por qué era necesaria una indemnización o qué era lo que debía indemnizarse-, decidió no solo ordenar la inmediata cancelación del nombre del peticionario de la lista de deudores morosos de la central de información sino “CONDENAR a la Asociación Bancaria de Colombia a la indemnización del daño emergente causado al peticionario, en el monto que éste compruebe ante las autoridades competentes” (Corte Constitucional, Sentencia T-414, 1992).

El 18 de octubre de 1992, la Corte Constitucional nuevamente estudió un caso de violación al habeas data por un inadecuado reporte a centrales de riesgo y tal como lo hizo en la ocasión anterior, sin proceder a realizar consideraciones adicionales a la de la permanencia innecesaria en las mismas, decidió confirmar una sentencia de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá en el sentido de ordenar la cancelación del nombre de los archivos de morosos y condenar en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados, sin adentrarse en cuáles eran esos perjuicios o por qué eran necesarios para garantizar el derecho violentado (Corte Constitucional, Sentencia T-577, 1992).

El 3 de agosto de 1993 se presentó nuevamente una tutela por reporte a centrales de riesgo proveniente de una entidad financiera. En tal caso la actora alegó que a pesar de haber cancelado en su totalidad el saldo insoluto con el banco se le había mantenido en la lista de deudores morosos, condenándola así en términos de la Corte al "ostracismo financiero". Por ese motivo la Corte tuteló los derechos a la intimidad, a la dignidad, al buen nombre y a la honra y sin especificar cuál era el daño emergente o cuál perjuicio era el que debía indemnizarse ordenó:

CONDENAR en abstracto a la Caja Social de Ahorros al pago de indemnización del daño emergente, en favor de la señora MARIA CARMENZA YARCE OROZCO, así como el pago de las costas del proceso, por su conducta omisiva en la actualización de los datos que sobre ella poseía. Para tales efectos, corresponderá al Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín determinar y liquidar el monto de tales perjuicios (Corte Constitucional, Sentencia T-303, 1993).

Por último, el 11 de abril de 2002, la Corporación analizó el caso de un ciudadano reportado a las centrales de riesgo por concepto de mora en cuotas de manejo de una tarjeta de crédito, que éste no había solicitado y que -a pesar de requerirlo expresamente- la entidad financiera tardó en reversar, afectando así sus posibilidades de crédito y su buen nombre financiero. Bajo ese panorama y expresando una evidente molestia con el accionado²⁴ la Corte confirmó la sentencia de segunda instancia del juez de tutela, incluyendo la orden de condena de perjuicios en abstracto, por cuanto a juicio de la Corte obraba en el proceso plena prueba de que el peticionario 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 accionada²⁵. Con base en ello y sin determinar cuáles eran exactamente los perjuicios que debían indemnizarse ni limitarlos al daño emergente ordenó:

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, 2002).

De los casos expuestos, salvo el último de ellos del 11 de abril de 2002 (Sentencia T-257 de 2002), es evidente cómo la Corte Constitucional al estudiar las violaciones al derecho al habeas data ha obviado por completo el realizar un análisis respecto de lo que es el daño emergente, qué es lo que está ordenando indemnizar y por el contrario ha equiparado la noción de daño emergente con lo que sería la necesidad de reparar un daño inmaterial o extrapatrimonial consistente en la

²⁴ De acuerdo con la Corte Constitucional: “Hay que advertir que la justicia no puede permitir que la interposición de una acción de tutela sea lo que motive a cumplir con su deber a las personas, ya sean naturales o jurídicas, que tienen a su cargo obligaciones con el público en general”. (Corte Constitucional, Sentencia T 257 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

²⁵ “Por otra parte, también se debe confirmar la condena de perjuicios en abstracto 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, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

mera afectación del derecho fundamental, por considerarlo una situación abiertamente arbitraria e injustificada. No basta con decir que en este caso se condenó solo al daño emergente pues en realidad la Corte no auscultó, salvo en el último supuesto, cuál o cuáles habían sido las pérdidas experimentadas por el actor constitucional y en ese sentido no es ello lo que parece estar ordenando indemnizar.

Así mismo, debe indicarse que la Corte, más allá de lo que ha ordenado indemnizar, ha traspasado claramente las fronteras que delimitan la potestad de emitir la orden y la potestad de realizar la liquidación, aspecto que puede contribuir lógicamente a que se hable en las sentencias no solo del daño emergente sino de los demás perjuicios.

Mención especial merece la Sentencia T-257 de 2002 pues en ella la Corte afirma que la razón de la condena a la indemnización se deriva de las gestiones que tuvo que realizar (un verdadero caso de daño emergente aunque se discuta si ello es necesario para el goce del derecho) y también de que se le negó un préstamo con motivo de la información equivocada. Esta última razón si bien no se especifica como fuente de la indemnización en la parte resolutive del fallo parecería más un caso de pérdida de la oportunidad o en cualquier caso de lucro cesante como dinero que dejó de ingresar al patrimonio y no como pérdida experimentada.

3.2. Buen nombre, honra, intimidad, derecho a la educación

El 17 de junio de 1992, con ponencia de Ciro Angarita Barón, se estudió el caso de un profesor universitario que alegó la violación de sus derechos fundamentales a la intimidad, dignidad, buen nombre y libre desarrollo de la personalidad por parte de la institución educativa en la cual laboraba, con fundamento en una serie de conductas que podrían denominarse irrespetuosas, como un constante descrédito profesional, que éste entendía buscaban obstaculizar su labor. En ese caso la Corte decidió tutelar los derechos del peticionario y ordenar la indemnización del daño

emergente, consistente, de acuerdo con la Corporación, en los perjuicios morales y materiales que el peticionario alegó que le fueron inferidos²⁶, siempre y cuando estos no le hubieren sido reconocidos en el proceso laboral, así como el pago de las costas del proceso. En ese sentido la orden fue:

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, 1992).

En sentencia del 18 de septiembre de 1992, con ponencia de Ciro Angarita Barón, la Corte analizó un caso donde un ciudadano se vio afectado por un informe periodístico que, basado en información militar equivocada, lo incluyó en una lista de miembros activos no desmovilizados del EPL. La Corporación realizó un análisis de las condiciones históricas y políticas del proceso de paz con el EPL, la situación de riesgo de los desmovilizados del grupo y la naturaleza de la información militar para concluir que efectivamente debía darse la rectificación de la información periodística, una actualización de la información militar y adicionalmente ordenó -sin explicar cuáles fueron los daños o los perjuicios irrogados que debían indemnizarse- ni limitarlo al daño emergente:

Condenar en abstracto a la Nación -Ministerio de Defensa- al pago de los perjuicios causados al peticionario que liquiden las autoridades judiciales competentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. El Estado repetirá contra sus agentes en aplicación del artículo 90 de la Carta (Corte Constitucional, Sentencia T-525, 1992).

El 15 de diciembre de 1992, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, la Corporación estudió el caso de la viuda e hijas del cantante de vallenato Rafael Orozco quienes luego su muerte, fueron objeto de una serie de publicaciones por parte distintos medios de comunicación, relativas a cuestiones íntimas de la familia. En tal caso la Corte consideró que se

²⁶ Cfr. Salvamento de voto de Jaime Sanín Greiffenstein “Es de advertir que esta condenación no mereció ninguna fundamentación en la sentencia y menos se hizo alusión siquiera a que la Universidad hubiese observado temeridad durante el trámite de la acción de tutela” (Corte Constitucional, Sentencia T-222, 1992).

había presentado una invasión injustificada en la órbita privada de la familia Cabello Orozco y decidió que había lugar a confirmar lo establecido por el fallador de segunda instancia relativo a condenar "*in abstracto*" al daño emergente con motivo de los perjuicios morales causados a la familia Orozco Cabello así:

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 (Corte Constitucional, Sentencia T-611, 1992).

Posteriormente en sentencia del 12 de agosto de 1993, se analizó el caso de un noticiero televisivo que afirmó en su emisión que a ciertos funcionarios públicos se les había comprobado su vinculación con grupos guerrilleros, situación que luego fue controvertida por la peticionaria, sin que el medio procediera a la rectificación. Luego de hacer un análisis del derecho a informar y los derechos de los afectados con la publicación de información equivocada -y sin tener ni una mínima consideración respecto del daño o los perjuicios a indemnizar en el caso concreto-, la Corte confirmó la decisión del juez de tutela en primera instancia de condenar en abstracto a dicho noticiero "a cancelar los perjuicios de todo orden" causados a la demandante (Corte Constitucional, Sentencia T-332, 1993).

El 26 de abril de 1993 la Corte Constitucional estudió el caso de un trabajador y su esposa quienes alegaron ser víctimas de una violación de su privacidad e intimidad familiar pues con motivo de una enfermedad del trabajador recibieron una visita no anunciada en su casa por parte del I.S.S. y de personal de su empleador, quienes posteriormente emitieron un informe que incluía información íntima no relativa a aspectos ocupacionales, junto a comentarios peyorativos respecto del trabajador. En virtud de tal situación la Corte decidió tutelar los derechos a la intimidad y al

buen nombre y sin indicar en qué consistía el daño emergente o cuáles eran los perjuicios que debían indemnizarse, decidió

CONDENAR en abstracto y solidariamente al I.S.S., a "Conservas California S.A." y al señor Francisco Abello Salcedo y la señora Otilia Ruiz, al pago de indemnización del daño emergente, en favor de Antonio José Palomino y Nurys Eng Campillo, así como el pago de las costas del proceso. (Corte Constitucional, Sentencia T-161, 1993).

En fallo del 25 de enero de 2002 la Corporación analizó un caso en el cual funcionarios de un medio periodístico²⁷, haciéndose pasar por miembros de la Fiscalía General de la Nación, ingresaron al domicilio de una familia y obtuvieron información y fotografías relativas al suicidio de uno de sus integrantes para luego publicar dicha información, sin autorización de la accionante. En el fallo, la Corte siguiendo la dinámica de sus primeros fallos recordó el alcance de los derechos a la intimidad y al buen nombre e indicó que cuando se producía una vulneración de los mismos el juez de tutela debía evitar que los efectos nocivos de tal vulneración se mantuvieran y para ello hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que lo autoriza para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado. Con esa lógica ordenó, sin indicar cuáles eran los perjuicios a indemnizar o limitarlo al daño emergente:

Tercero: CONDENAR en abstracto al diario "El Espacio", por los perjuicios ocasionados a la señora Rosa Miryam Camacho de Pinilla, causados en razón de la publicación, sin su autorización, de fotografías e información sobre la vida privada de su familia, y en particular sobre la muerte de su hijo Carlos Julio Pinilla Camacho (Corte Constitucional, Sentencia T-036, 2002).

²⁷ Uno de los aspectos más interesantes de la sentencia en mención que parece justificar la decisión de la Corte de condenar en abstracto al pago de perjuicios es que recuerdan que el mismo medio periodístico ya había sido condenado en otras ocasiones. Así dijo la Corte Constitucional: "Es preciso agregar que el diario El Espacio ya había incurrido anteriormente en este tipo de conductas vulneratorias del derecho a la intimidad de los individuos, razón por la cual en la Sentencia T-611/92 (M.P. Alejandro Martínez y Fabio Morón) fue condenado in abstracto por los perjuicios causados por la vulneración del derecho a la intimidad de la familia del fallecido cantante Rafael Orozco. Igualmente, mediante Sentencia T-259/94 (M.P. José Gregorio Hernández G.) se le ordenó a este mismo diario abstenerse de incurrir en conductas vulneratorias del derecho a la intimidad de las personas". Igualmente decidió dar una orden genérica al accionado así: Segundo: ORDENAR al diario "El Espacio" abstenerse de publicar en adelante información que vulnere el derecho a la intimidad de las personas.

El 7 de julio de 2009 con ponencia de Jorge Pretelt Chaljub se analizó un caso de una mujer que en el año de 1996 concedió una entrevista a un periodista para que esta fuera divulgada en medios televisivos, pero con su voz y rostro distorsionados para proteger su identidad. A pesar de lo anterior, 12 años después de la entrevista, esta se divulgó sin distorsiones en la imagen o voz de la accionante en el documental *Colombia Vive - 25 años de resistencia*. De acuerdo con la accionante, la transmisión de las imágenes sin distorsiones la obligó a trasladarse de su municipio por el reproche social y le generó igualmente problemas familiares ya que su esposo y sus hijos no conocían la situación narrada en la entrevista. En sentencia, la Corte Constitucional, luego de explicar la importancia del derecho a la información y el cuidado que debe tenerse por parte de los medios de comunicación en casos en que pueda existir una confrontación con otros derechos fundamentales como el buen nombre y la honra -y pesar que reconoció la Corporación la dificultad de comprobar si efectivamente se había solicitado el anonimato en el video²⁸- determinó no solo que con la difusión sin el carácter anónimo de la entrevista se habían violado los derechos a la propia imagen y a la intimidad de la accionante, sino que determinó que también se violaron los derechos de los hijos de la accionante por lo cual decidió, sin explicar cuáles eran los perjuicios que debían indemnizarse:

Quinto: ORDENAR la indemnización de los perjuicios y del daño emergente causados a la accionante y a su familia, con este acto lesivo a sus derechos tutelados. (Corte Constitucional, Sentencia T-439, 2009).

²⁸ En opinión de la Corte, resulta extremadamente sospechoso el posible consentimiento de la accionante en acceder a una entrevista de frente y sin ocultamientos, tal como lo afirman las personas implicadas en esta tutela. Las razones de la duda de la Corte devienen de los siguientes datos allegados al expediente: 1) En la entrevista existe una autoincriminación que la propia accionante hizo de hechos pertenecientes a su esfera privada y era por lo tanto, bastante razonable, que solicitara la preservación de su intimidad, en tanto, para esa época, ya tenía compañero permanente e hijos pequeños. 2) Existen dos testigos, que, bajo la gravedad del juramento, sostienen que el reportaje se hizo con el cubrimiento del rostro de la accionante y la distorsión de la voz. 3) La accionante afirmó, a lo largo de tres intervenciones, ante los jueces y ante la Corte Constitucional, que la primera emisión del documento se hizo sin mostrar su rostro y con la distorsión de la voz (circunstancia de la que tampoco existe prueba porque sólo se allegó una copia del documento Colombia Vive, pero no de la primera emisión de la entrevista realizada hace 12 años). Porque de haberse emitido el documento hace 12 años sin las condiciones pactadas por la accionante, es posible que se hubiera hecho el reclamo en esa misma ocasión.

En sentencia del 23 de julio de 2009 analizó la Corte un caso de conflicto entre la libertad de información y los derechos al buen nombre y la intimidad de los ciudadanos con ocasión de la publicación de información imprecisa de dos medios periodísticos sobre un supuesto abuso sexual de una menor de edad por parte de su abuelo. La Corte luego de hacer el recuento del alcance y los límites de la libertad de expresión e información, cuando se trata de datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, encontró que los diarios accionados aprovecharon un comunicado de prensa de la Policía para dar una noticia y publicar información que permite identificar plenamente a la menor, a la abuela y su lugar de residencia lo cual vulneraba los derechos a la honra, el buen nombre y a la intimidad lo que hacía necesario indemnizar en abstracto, los perjuicios morales sufridos por la peticionaria y su nieta representados en el dolor, sufrimiento y vergüenza ocasionados por las publicaciones. La Corte indicó entonces que la reparación integral debía estar a cargo de los medios de comunicación, proporcionalmente a la responsabilidad que a cada uno le corresponda. En efecto la orden de la Sala fue:

Segundo: CONDENAR EN ABSTRACTO a los medios de comunicación de Neiva Diario del Huila y La Nación que divulgaron la noticia y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor “N” y a la abuela “A”, por la violación de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-496, 2009).

El 12 de diciembre de 2012 le correspondió a la Corte determinar si los derechos de una ciudadana a la identidad, a la familia, a la justicia, a la verdad, a la reparación, a la libertad, a la integridad sexual y a la dignidad humana, entre otros, habían sido vulnerados por los accionados, al parecer por haberla extraído de su casa cuando era una niña de aproximadamente 7 años de edad, haberla forzado a realizar trabajo doméstico sin remuneración hasta aproximadamente la edad de 15 años, y por haberla sometido a maltratos, esclavitud y abusos sexuales. La Corte luego de hacer un análisis de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, la trata de seres humanos,

así como de las obligaciones del Estado para erradicar estas formas de violencia y de realizar un arduo trabajo de valoración probatoria determinó -a diferencia de lo argumentado por los jueces de instancia- que la tutela sí era procedente. Para ello la Corte indicó: i.) que la petición se dirigía contra unos particulares respecto de los cuales la tutelante estaba en estado de indefensión, ii.) que la tutelante no disponía de otros mecanismos judiciales de defensa pues las eventuales acciones penales que se hubieran podido adelantar contra los demandados ya habían prescrito y las acciones de responsabilidad civil ya habían caducado²⁹, iii.) que la acción penal o la acción civil no son el único mecanismo de defensa de los derechos de la demandante ni tampoco más idóneos, pues la demandante no buscaba la condena penal de sus victimarios sino la tutela de sus derechos fundamentales. Así, luego de concluir que la accionante fue sometida a trabajos forzosos, a trata de personas e incluso a cierta modalidad de esclavitud, la Sala de Revisión estableció que los demandados vulneraron y seguían lesionando varios derechos fundamentales de la peticionaria, situación que le generó daños cuya reparación ya no podía reclamar por otras vías judiciales, pero que en todo caso debían ser reparados³⁰ en virtud del derecho a la reparación. Por ello, luego de aclarar que su análisis se haría no desde la perspectiva penal sino desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la víctima ordenó:

CUARTO. - CONDENAR a Vitaliano Sánchez y a Eunice Beltrán de Sánchez al pago de una indemnización a favor de la tutelante, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Para efectos de la liquidación de la indemnización, el juez respectivo deberá tener en cuenta el concepto técnico remitido por la Defensoría del Pueblo sobre las secuelas

²⁹ A juicio de la Sala la prescripción y caducidad de las acciones no puede ser imputada a la demandante y, de otro lado, tales acciones no eran en todo caso idóneas para la protección de los derechos fundamentales de la peticionaria. De acuerdo con los expertos consultados por la Corte era fácil entender por qué la accionante nunca denunció estos hechos, ya que creció sin el sustento emocional o los elementos necesarios que le permitían reconocerse como un sujeto de derechos “esta situación, que a la luz del derecho quizá no sea comprensible, pero sí a partir de la exploración de este caso paradigmático de otras áreas de conocimiento, como la psicológica”.

³⁰ Por último, la Sala advierte que tampoco es cierto lo señalado por el juez de segunda instancia en el sentido de que la tutela es improcedente por falta de inmediatez. En este caso, si bien es cierto la vulneración presunta de los derechos de la demandante comenzó en 1963 o 1964, lo cierto es que (i) algunas violaciones al parecer aún persisten –como en el caso del derecho a la identidad- y (ii) en todo caso los efectos en la salud emocional de la demandante de pasadas vulneraciones de derechos continúan

psicológicas y emocionales que presenta Amalia como consecuencia de las vulneraciones de derechos que se reconocieron en esta providencia (Corte Constitucional, Sentencia T-1078, 2012).

De las sentencias estudiadas se puede observar que frente a estos derechos la Corte ha tomado al menos uno de dos caminos. Bien ha hecho lo mismo que en el caso del derecho del habeas data, obviando por completo hacer referencia en el caso concreto del concepto de daño emergente, equiparándolo así con un daño inmaterial -la afectación del derecho fundamental- que puede generar a su vez otros perjuicios que también ordena indemnizar probablemente en virtud del principio de reparación integral³¹(bien indicando que se deben indemnizar todos los perjuicios, bien indicando que se deben indemnizar los perjuicios y el daño emergente o bien indicando que deben indemnizarse los perjuicios materiales y morales) o bien ha equiparado el daño emergente con el concepto de daño moral como lo hizo en las sentencias T-611 de 1992 (Viuda e hijas de Rafael Orozco c. EL Herald, La Libertad y El Espacio) y T-496 de 2009 (N y A c. Diario la Nación y Diario del Huila) al indicar que lo que debía indemnizarse era el dolor de los accionantes. Esta última postura es quizá la que mayor asombro genera en tanto si hay algo en lo que se ha tenido unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia de la responsabilidad civil es en la dicotomía entre los perjuicios materiales o patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y los extrapatrimoniales (o morales como se denominaban históricamente).

Mención especial en este apartado merecen la Sentencia T-439 de 2009 (caso del documental Colombia Vive) donde la Corte ordenó indemnizar no solo el daño emergente y los perjuicios de la accionante sino también el daño emergente y los perjuicios de los hijos de la accionante, aunque

³¹ Nótese como la Corte Constitucional en la sentencia T-222 de 1992 (Profesor contra Universidad INCCA) ordena la indemnización consistente en los perjuicios morales y materiales abarcando así las dos grandes categorías de perjuicios que se utilizaban tradicionalmente.

ellos no hubieran comparecido al proceso representados, creando así nuevas reglas de legitimación por activa.

A pesar de no tener relación con los primeros derechos, al tratarse de una situación que puede enmarcarse en la misma lógica que se viene analizando, se presenta el caso decidido el 16 de junio del año 2010 con ponencia del Dr. Jorge Ivan Palacio. En el caso en comento, la Corte estudió una tutela en la cual una estudiante colombiana residente en Francia, quien resultó beneficiaria de una beca para estudios de posgrado, no pudo realizarlos por negársele su ceremonia de grado universitario al no estar en paz y salvo con la institución. La Corte luego de realizar un recuento del contenido y las características del derecho a la educación, así como de los límites a la autonomía universitaria indicó que desconocía el derecho a la educación que la institución educativa para otorgar un título profesional universitario exigiera que el estudiante se encontrara a paz y salvo, si de forma previa había expedido un acto que certificaba dicha situación y no había sustentado algún tipo de irregularidad en la expedición del acto propio. En ese marco y por considerar que era una acción arbitraria decidió condenar a la Universidad a reparar integralmente a la accionante y de esa manera a pagar los perjuicios y el daño emergente así:

TERCERO. - Por las razones y con las salvedades expuestas en esta providencia, CONDENAR en abstracto a la Universidad Antonio Nariño a pagar los perjuicios y el daño emergente causados a la señorita Yolanda Joya Martínez por la vulneración de su derecho fundamental a la educación, en los términos del numeral 5.6 de esta providencia. (Corte Constitucional, Sentencia T-465, 2010).

De esta manera, la Corte nuevamente equiparó la noción de daño emergente con la de un daño inmaterial a los derechos, en este caso a la educación, que puede tener consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que también ordena indemnizar como perjuicios, haciendo referencia al principio de reparación integral.

3.3. Seguridad Social

Otra temática que ha sido analizada en la Corte Suprema de Justicia para efectos de ordenar la indemnización del daño emergente ha sido el de la garantía de acceder a los distintos subsistemas del sistema de seguridad social.

El 24 de junio de 1992 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz se analizó el caso de una persona de la tercera edad quien presentó una acción de tutela por no tener resuelta en un término razonable -a pesar de atravesar una precaria situación económica- una solicitud de sustitución pensional que había realizado a la Caja Nacional de Previsión Social por la muerte de su esposa. La Corte, luego de destacar el papel de las personas de la tercera edad en la sociedad moderna y las carencias a las que se encuentran expuestas, decidió confirmar la decisión de instancia declarando la violación al derecho fundamental de petición lo cual afecta su pensión y adicionó la orden de indemnizar perjuicios en tanto de acuerdo con la sala de revisión era necesario reconocer los gastos económicos asumidos por la familia del peticionario, durante el tiempo en que se presentó la violación del derecho fundamental de petición que le impidió el acceso a su pensión.

Así expresó la Corte:

El goce efectivo de sus derechos fundamentales vulnerados requiere necesariamente de una indemnización dineraria que, para el presente caso, se fija en el daño emergente ocasionado al peticionario durante los meses que excedieron el doble del plazo ordinario para resolver su solicitud, con el fin de compensar los costos asumidos por la familia de la hija del petente, los cuales no se hubieran producido si la injustificada tardanza de la administración no se hubiera presentado" (Corte Constitucional. Sentencia, T-426, 1992).

El 25 de marzo de 2004 se analizó el caso de un ciudadano que presentó acción de tutela contra su EPS pues la misma se negó a proporcionarle un medicamento ordenado por su médico tratante, aduciendo que el mismo no se encontraba incluido en el POS y su adquisición era muy costosa. Luego de hacer un recuento de las normas imperantes en materia de salud y la interpretación de las mismas conforme a los preceptos constitucionales, la Sala de revisión decidió no solo ordenar

a la E.P.S. entregar cumplidamente el medicamento en la fórmula y cantidad que el médico tratante prescribiera, sino también

Tercero.- Condenar en abstracto a la E.P.S. Seguro Social (Seccional Antioquia) a pagar a favor del ciudadano Iván de Jesús Ocampo Pavas, la suma de dinero que este debió erogar con el propósito de conseguir el medicamento Insulina NPH esencial para su tratamiento, desde el momento en que el médico tratante se lo prescribió, hasta que se reinicie o se haya reiniciado su suministro por parte de la E.P.S. (Corte Constitucional, Sentencia T-299, 2004).

Recientemente, el 25 de septiembre de 2019 con ponencia del Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo analizó una acción de tutela en la cual una EPS se negó a autorizar una serie de exámenes médicos a una paciente diagnosticada con *diabetes mellitus insulino dependiente* para poder determinar qué tan comprometida se encontraba su pierna izquierda, quien posteriormente en el trámite de la acción de tutela sufrió la amputación de su extremidad inferior. En ese sentido la Corte encontró que la EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida de la accionante al omitir la práctica inmediata de los exámenes y procedimientos ordenados por el médico tratante y por ello después de recordar el alcance del derecho fundamental a la salud y a la vida digna de las personas de la tercera edad decidió, por la evidente negligencia de la institución, ordenar a la EPS a indemnizar una serie de gastos con los que tuvo que correr la paciente para asegurar los servicios de salud requeridos, al igual que los gastos necesarios para ser transportada de manera urgente a la ciudad de Bogotá para poder atender sus requerimientos en salud.

TERCERO. - CONDENAR en abstracto a Comparta E.P.S a indemnizar el daño emergente³² causado a la señora Odalinda García Velasco, como consecuencia de la no prestación oportuna de los servicios de salud y medicamentos a que tenía derecho, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 (Corte Constitucional, Sentencia T-436, 2019).

³² “(iii) Finalmente, la indemnización del daño emergente es necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho de la accionante en la medida en que la actora habría incurrido en una serie de gastos para asegurar los servicios de salud requeridos, al igual que los gastos necesarios para ser transportada de manera urgente a la ciudad de Bogotá para poder atender sus requerimientos en salud” (Corte Constitucional, Sentencia T-436, 2019)

De los casos estudiados se puede evidenciar que frente al escenario constitucional del acceso a los subsistemas de seguridad social la Corte ha condenado efectivamente a la indemnización de perjuicios equivalente a la modalidad de daño emergente en su sentido tradicional, es decir erogaciones o pérdidas experimentadas como consecuencia de un hecho dañoso, daño en sentido físico o daño evento si se quiere³³. En estos casos la Corte se detuvo en cada caso concreto a verificar si estaba probado la existencia de una afectación patrimonial o podía afirmarse la necesidad de indemnizar las consecuencias patrimoniales que se derivaron de la actuación arbitraria.

Ahora bien, nuevamente merece una mención especial la forma en que la Corte entiende la titularidad del interés para reclamar los perjuicios irrogados. Al respecto, en Sentencia T-426 de 1992 (Caso de la sustitución pensional) la orden de condena del daño emergente tuvo como fundamento compensar los costos asumidos por la familia de la hija del petente y no del peticionario mismo, que es el actor de la acción de tutela, los cuales no se hubieran producido sin la injustificada tardanza de la administración no se hubiera presentado.

3.4. IVE (Interrupción voluntaria del embarazo)

Mención aparte de los servicios de seguridad social merecen los casos en que la Corte Constitucional ha estudiado el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) cuando se cumplen los supuestos de hecho expresados por la jurisprudencia relativos a deformaciones del feto que hagan inviable la vida, peligro para la vida y la salud de la madre o concepciones derivadas de actos contrarios a la integridad sexual de la mujer. Y merecen mención

³³ A pesar de que como se dijo ese no es el objeto del presente trabajo, no deja de ser curioso como este daño emergente puede ser necesario para el goce efectivo de un derecho que ya se vio vulnerado. Lo anterior parecería indicar que para la Corte en tales casos solo es posible garantizar el goce efectivo de un derecho a través de una medida reivindicatoria del mismo.

aparte porque la Corte les ha dado un tratamiento disímil frente a las demás situaciones de acceso a los servicios del sistema de seguridad social y ha asumido una posición aún más protectora por su relación estrecha con otros derechos fundamentales.

El 28 de febrero de 2008 con ponencia de Clara Inés Vargas se analizó un caso de una menor de edad que a sus 13 años solicitó a la EPS a la cual estaba afiliada una interrupción voluntaria del embarazo (IVE) debido a un acceso carnal violento, la cual le fue negada aduciendo objeción de conciencia por parte del equipo de ginecólogos de la entidad. La Corte, luego de analizar los presupuestos para que una solicitud de IVE fuese atendida en forma oportuna, de determinar el alcance de la objeción de conciencia y la obligación de las entidades de salud de garantizar que un profesional pueda realizar dicho procedimiento, determinó que la EPS y los médicos de la misma vulneraron los derechos fundamentales de la menor al limitarse a manifestar que les resultaba imposible llevar a cabo dicho procedimiento en razón de la generalizada manifestación del ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud que atendieron el caso.

En ese marco fijó quizá la orden de indemnización de perjuicios más detallada de la historia de la jurisprudencia de la Corte determinando una serie de circunstancias que el juez incidental debía tener en cuenta al liquidar los perjuicios ordenados que por su importancia se transcriben.

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 [i] que se trata de una menor de edad, [ii]cuyo embarazo fue producto del delito de agresión sexual pues fue accedida carnalmente teniendo menos de catorce años, [iii] que la violación además de ser una acto violento es de agresión, de humillación y de sometimiento, y [iv] 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. [v] 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. Los perjuicios que sufrió la menor deben ser reparados en su integridad por Coomeva EPS, y

solidariamente por las IPS de su red y los profesionales de la salud que atendieron el caso, todos éstos contra los cuales podrá repetir posteriormente Coomeva una vez los hubiere cancelado en su totalidad (Corte Constitucional, Sentencia T- 209, 2008).

El 2 de octubre de 2008 nuevamente estudió la Corte un caso relativo a una solicitud de IVE.

En esta ocasión se trató de una acción de tutela interpuesta por la madre de una menor con síndrome de down, quien afirmaba que el embarazo de la joven fue fruto de un acceso carnal con persona incapaz de consentir y que el mismo generaba riesgo para la salud de la madre y del feto. La Corte luego de hacer un recuento de las causales de despenalización del aborto de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el alcance de la objeción de conciencia y las consecuencias de no practicar la IVE cuando se presenta una de las causales justificadas por el ordenamiento, determinó que era suficiente la denuncia penal del acceso carnal para que la EPS debiera autorizar la IVE en una institución que garantizara la realización del aborto de manera inmediata. En el mismo sentido, la Corte encontró que si bien el médico tratante apeló a la objeción de conciencia para negarse a realizar la IVE, debía remitir de manera inmediata a la menor a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento, lo cual al no haber hecho, lo hacía igualmente responsable de la violación de los derechos fundamentales de la accionante a la dignidad, a la integridad y a la libertad al negarle la posibilidad de acceder al procedimiento de IVE oportunamente comoquiera que su gestación era resultado de un acceso carnal no consentido que fue denunciado ante la autoridad competente. Bajo ese contexto ordenó, entre otras cosas:

Sexto: CONDENAR en abstracto a COSMITET LTDA, y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a Ana, por la violación de sus derechos fundamentales. La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito judicial administrativo de Caldas –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho. Una vez liquidada la condena, COSMITET LTDA deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra el médico vinculado a la misma que atendió el caso y

negó el procedimiento de IVE sin realizar la remisión correspondiente (Corte Constitucional, Sentencia T-946, 2008).

El 3 de noviembre de 2011, la Sala Octava de Revisión analizó un nuevo caso de solicitud de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), esta vez presentada por el padre de una menor de 12 años, por el riesgo que representaba para su salud emocional y física. En tal situación la Corte determinó que la E.P.S. vulneró el derecho fundamental a la IVE de la niña al no responder y no acceder a su petición de IVE a pesar de estar inmersa en una de las causales de la sentencia C-355 de 2006 pues el único requisito para su procedencia era un certificado médico, independiente de si el galeno estaba o no adscrito a la red de prestadores de la EPS. En ese sentido y al verificar que existía un daño consumado por el nacimiento del menor ordenó la Corte condenar en abstracto a la E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa ilegítima de la IVE así:

CONDENAR en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados³⁴ a AA por la negativa ilegítima de la interrupción voluntaria del embarazo, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación ilegítima del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho. (Corte Constitucional, Sentencia T-841, 2011).

Luego de una serie de decisiones desfavorables desde el año 2013 respecto a la solicitud de emitir la orden de condena en abstracto³⁵, con especial relevancia en la Sentencia SU-254 de 2013³⁶, la Corte volvió emitir una orden con fundamento en el artículo 25 del decreto 2591 de

³⁴ Así mismo la Corte decidió ordenar a la EPS a prestarle a la menor todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental sin limitarse a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico. De igual manera a su hijo mientras se incorporaba al sistema de salud contributivo o subsidiado.

³⁵ Ver sentencias T-465 de 2013 MP. Luis Ernesto Vargas Silva; T-370 de 2013 MP. Jorge Iván Palacio Palacio; T-312-13 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-929 de 2013 MP. Mauricio González Cuervo; T-316-A de 2013 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-099 de 2015 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁶ En tal providencia la Corte reitera nuevamente su jurisprudencia, insistiendo en el carácter subsidiario y excepcional de la indemnización en abstracto de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, ya que la acción de tutela no posee un carácter o una finalidad patrimonial o indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en razón a que su procedencia se encuentra condicionada a que: (i) debe cumplirse el requisito de subsidiariedad, en tanto no exista otro medio judicial para alcanzar la indemnización por los perjuicios causados; (ii)

1992 en sentencia del 9 de junio de 2016. En esta oportunidad la Sala Tercera de revisión de la Corte analizó una nueva solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, con fundamento en una malformación del feto. La Corte, luego de establecer que se configuraba la carencia actual de objeto por el nacimiento del bebé, indicó que el hecho de que la accionante estuviera en una etapa avanzada del embarazo y que uno de los prestadores de la red no estuviera en incapacidad de realizar el procedimiento requerido, no era una excusa válida para relevar a la entidad de salud de su deber de realizar el procedimiento y por el contrario ello vulneraba el derecho fundamental a la IVE. Aun cuando la Corte Constitucional declaró la carencia actual de objeto, debido a la manifiesta vulneración de los componentes de información, disponibilidad y accesibilidad del derecho fundamental a la IVE procedió a condenar en abstracto a la EPS al pago de todos los perjuicios causados a la accionante, incluso ordenando la creación de una reserva para garantizar el pago de tal reparación y con preferencia frente a otros acreedores por situaciones similares así:

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. La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de Bogotá -reparto, por trámite incidental que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copia la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. (...) 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

debe existir una violación o amenaza evidente del derecho y una relación directa entre ésta y el accionado; (iii) debe ser una medida necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; (iv) debe asegurarse el derecho de defensa del accionado; (v) debe cubrirse con la indemnización solo el daño emergente; y (vi) debe precisarse por el juez de tutela el daño o perjuicio, el hecho generador del daño o perjuicio, la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho, el nexo causal entre el hecho y el daño causado, así como los criterios para que se efectúe la liquidación en la jurisdicción contenciosa administrativa o por el juez competente.

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, 2016).

En ese sentido, es evidente que cuando se trata de daños generados como consecuencia de la negativa injustificada a practicar una Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), la Corte ha ampliado la facultad de ordenar la indemnización del daño emergente, a la de indemnizar todos los perjuicios que se generan con la afectación del derecho fundamental, equiparando así, el concepto de daño emergente con un daño inmaterial (daño evento), sobre el derecho fundamental, del cual se derivan consecuencias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales (daños consecuencia) que ordena se indemnicen con apoyo en el principio de reparación integral. De esta manera, puede afirmarse que ha creado una nueva noción de daño emergente que corresponde a ordenar indemnizar el daño evento o daño en sentido físico con todas sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. Daño emergente podría decirse entonces ha servido para indemnizar el daño que emerge de la violación del derecho fundamental y que tiene consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales y eso es lo que ha ordenado la Corte indemnizar en algunas de sus decisiones³⁷.

3.5. Consulta Previa

El 24 de junio de 1992 con ponencia del Dr. Ciro Angarita Barón la Corporación estudió una acción de tutela incoada por parte de la comunidad indígena de *Cristianía* -asentada del municipio de Jardín, Antioquia- en contra de un consorcio de ingenieros y el Ministerio de Obras Públicas, con ocasión de la construcción de la Troncal del Café. En efecto, luego de hacer una exposición

³⁷ Aunque ese no es el objeto de este trabajo no deja de llamar la atención que la Corte pase de largo el requisito de que el daño emergente debe ser necesario para el goce del derecho. La misma Corte afirmó que ello no era posible en Sentencia T-209 de 2008. “Ahora bien. Como ya no es posible garantizar a la agraviada el pleno goce de sus derechos fundamentales, ordenando que las cosas vuelvan al estado anterior a la vulneración, pues el acto impugnado se consumó en forma que no es posible que se disponga el restablecimiento de los derechos conculcados, es procedente que la Corte emita un fallo de fondo al respecto de los perjuicios que se le ocasionaron a la menor accionante con la omisión puesta de presente en la solicitud de tutela” (Corte Constitucional, Sentencia T- 209, 2008).

detallada de la importancia de las comunidades indígenas en la Constitución del 91, la Corte analizó los efectos producidos por la construcción de la troncal y -a pesar de no tener clara la relación de causalidad los trabajos desarrollados en ese lugar con las afectaciones de la comunidad³⁸- decidió condenar al consorcio y al ministerio a reestablecer la situación económica de la comunidad, sin limitarlo al concepto de daño emergente³⁹ indicando:

Si no se suspende la ampliación de la carretera hasta tanto se hayan efectuado los estudios necesarios para que exista la seguridad de que no se causen nuevos daños y hasta tanto no se indemnice a la comunidad, de tal manera que su situación económica sea restablecida, los indígenas de Cristianía, como tantas otras comunidades de este tipo en Colombia, estarán en serio peligro de desintegración y desaparición. (Corte Constitucional, Sentencia T-428, 1992).

El 10 de noviembre 1998 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz la Corte Constitucional analizó una acción de tutela presentada por representantes y miembros del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú por la omisión en la consulta previa y las afectaciones presentadas por la *hidroeléctrica Urrá 1 y Urrá 2*. Luego de un estudio sobre el alcance de la consulta previa y las afectaciones de la comunidad la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú que se vio perjudicado por la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles. Seguidamente al establecer que con la consulta previa no se remediaría la violación ordenó a la empresa titular del proyecto indemnizar

³⁸ “Es cierto, entonces, que hubo una confluencia de causas que determinaron la producción de los daños y que, además, dentro de ellas, la ampliación de la vía tuvo alguna incidencia (...) En las bien conocidas circunstancias geológicas del resguardo indígena, las obras de ingeniería realizadas sin el previo estudio de impacto ambiental, bien pudieron actuar a manera de factor desencadenante de los movimientos de tierra, cuyas consecuencias lamentan hoy los miembros de la Comunidad indígena” (Corte Constitucional, Sentencia T-428, 1992).

³⁹ La orden prescribió: “TERCERO: CONDENAR a las entidades causantes de los perjuicios a la Comunidad indígena en el monto que esta compruebe ante las autoridades competentes” (Corte Constitucional, Sentencia T-428, 1992).

al pueblo afectado en tanto las afectaciones impedían el ejercicio de la economía tradicional de subsistencia de los Embera-Katío. En ese sentido decidió.

Tercero. ORDENAR a la Empresa Multipropósito Urrá s.a. que indemnice al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar. Si los Embera-Katío del Alto Sinú y la firma dueña del proyecto no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización que se les debe pagar a los primeros, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, los Embera-Katío deberán iniciar ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba -juez de primera instancia en este proceso de tutela-, el incidente previsto en la ley para fijar la suma que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos quince (15) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecúa sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que los embera fueran consultados, y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo. Una vez acordada o definida judicialmente la cantidad que debe pagar a los Embera-Katío la Empresa Multipropósito Urra s.a., con ella se constituirá un fondo para la indemnización y compensación por los efectos del proyecto, que se administrará bajo la modalidad del fideicomiso, y de él se pagará mensualmente a las autoridades de cada una de las comunidades de Veguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromia, Mongaratadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawarandó, Arizá, Porremia y Zorandó, la mesada correspondiente al número habitantes de cada una de ellas (Corte Constitucional, Sentencia T-652, 1998).

El 7 de septiembre de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, la Corte resolvió una acción de tutela instaurada por el gobernador indígena de la Comunidad *Uitoto Fe+raia+*, contra la alcaldía municipal de Villavicencio, a la cual fue posteriormente vinculada el Tribunal Superior de Villavicencio, el Juzgado Sexto Municipal de Villavicencio y la Alta Consejería para la Competitividad. La acción de tutela tenía como fundamento el desplazamiento forzado de la comunidad *Huitoto Fe+raia+* por la violencia que se estaba presentando en La Chorrera, Amazonas, quienes posterior a ello se desplazaron a Villavicencio donde se asentaron en un predio que arrendaron en el cual iniciaron un proyecto de etno-turismo mientras esperaban apoyo de la Alcaldía y Presidencia en la asignación de un bien para ubicarse definitivamente. Sin embargo, durante el desarrollo del proyecto fueron demandados en un proceso abreviado de restitución de

inmueble que terminó con un fallo a favor del arrendador en el cual se ordenó el lanzamiento de la comunidad por incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento. La Corte luego de hacer un análisis de los requisitos para la procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, la naturaleza formal de la inscripción de las personas desplazadas en el Registro Único de Personas Desplazadas encontró que existía un defecto sustantivo en la sentencia por desconocer los derechos de la comunidad indígena *Uitoto Fe+raia+*, en particular, la protección y la supervivencia de su cultura ordenando a la Defensoría del Pueblo que disponga lo necesario para que “Etnias Vivas” tenga una representación judicial idónea en el transcurso del proceso abreviado. Así mismo la sentencia determinó que la alcaldía del municipio de Villavicencio y la Presidencia de la República también habían vulnerado los derechos de los indígenas de manera palpable y sistemática por falta de diligencia del municipio en su gestión para que las familias *Uitoto* tengan un lugar en donde alojarse con certidumbre y de manera que se proteja la supervivencia de su cultura. Por ese motivo, la Corte ordenó indemnizar en abstracto el perjuicio sufrido por la comunidad indígena *Uitoto Fe+raia+*, ocasionado por “no haberse cumplido la obligación” de reubicación solicitada por ellos desde noviembre de 2007, responsabilidad a cargo de la alcaldía del municipio de Villavicencio y la Alta Consejería para la Competitividad y las Regiones de la Presidencia de la República. La Corte determinó que el perjuicio de la comunidad indígena consistía en la falta de pago de los cánones a favor del arrendador debidamente ajustados desde que se interpuso la acción de tutela hasta cuando sean reubicados o culmine debidamente el proceso de restitución del inmueble arrendado, lo primero que ocurra. De igual manera la Corte estableció que teniendo en cuenta que el perjuicio se mantendría por un tiempo (sin indicar quien es el sujeto pasivo del perjuicio) podría el afectado presentar dos incidentes de reparación distintos: uno, en el que liquide el daño que hubiere acaecido hasta la fecha del fallo de la Corte y

otro, en el que se atienda aquel que se produzca hasta cuando cese definitivamente la vulneración de derecho.

Sexto.- CONDENAR EN ABSTRACTO, conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la alcaldía del municipio de Villavicencio y a la Alta Consejería para la Competitividad y las Regiones de la Presidencia de la República al pago del daño emergente sufrido por las familias Uitoto Fe-raia+ representado en el pago de los cánones de arrendamiento a cargo de esta comunidad y pagaderos a favor del señor León Montoya Naranjo, desde el momento en que interpusieron la presente acción de tutela y hasta que sea reubicada, en los términos del argumento jurídico 6.2.3. de esta providencia. Como consecuencia, ORDENAR que el juez de primera instancia remita inmediatamente copia de esta actuación al Juez Administrativo que por reparto corresponda el trámite incidental. (Corte Constitucional, Sentencia T-665, 2011).

En el 2017 se presentó un nuevo hito en lo relativo a la orden de indemnización de perjuicios con ocasión de la acción de tutela presentada en contra de la empresa Cerro Matoso por parte de una serie de comunidades indígenas y negras⁴⁰. En efecto, la Corte luego de hacer un profundo análisis de la institución de la agencia oficiosa en la tutela, del principio de precaución, del derecho a la consulta previa, de las características del daño ambiental y de las distintas teorías que buscan determinar el nexo de causalidad en materia de daños ambientales y la reparación o compensación con enfoque diferencial (etno-reparación⁴¹) cuando la consulta previa ya no es posible⁴², encontró

⁴⁰ Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré

⁴¹ 1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnorreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico” Rodríguez Garavito, César; Lam, Yukyam. “*Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*”, DeJusticia, 2010.

⁴² La Corte Constitucional realizó un recuento de importantes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafos 214-15; Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafos 224-25; Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 6 de febrero de 2006, Serie C, No. 142, párrafos 205-206.

que en el caso concreto existía una causalidad adecuada y altamente probable⁴³ entre las actividades de Cerro Matoso y las afectaciones al medio ambiente y a la salud de las comunidades que habitan en cercanías de su complejo minero. Por ello, además de impartir una serie de órdenes relativas a la legalidad y seguridad de las operaciones de Cerro Matoso la sentencia se detiene por primera vez en una argumentación robusta de los requisitos para la procedencia de la indemnización del daño y decide condenar en abstracto a la empresa Cerro Matoso al pago de los perjuicios causados a las personas integrantes de las comunidades⁴⁴. Los perjuicios resarcibles en relación con las enfermedades serían los gastos erogados respecto a tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; la pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; y la congoja interna, dolor o sufrimiento causado. Respecto a los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales individuales, se indemnizarían los cultivos o cosechas que se hayan visto deteriorados como producto de la contaminación ambiental; y las pérdidas económicas causadas por la disminución de productividad agrícola y/o pesquera. Frente a la reparación colectiva ordenó la creación de un Fondo Especial de Etnodesarrollo para atender las necesidades que aquejan a las comunidades accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual a través de proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones afectadas.

⁴³ El principio de causalidad exige que se acredite de manera clara la existencia de un nexo entre una determinada conducta y el daño ocasionado, ahora bien, en materia ambiental dicha exigencia se flexibiliza dadas las grandes dificultades probatorias que existen en ese ámbito.

⁴⁴ La Corte Constitucional sostuvo una responsabilidad de la empresa Cerro Matoso S.A. en virtud de un desconocimiento de los parámetros constitucionales en lo que incurrió la licencia ambiental ; las irregularidades en los instrumentos ambientales que rigen las operaciones extractivas ; la ausencia de límites claros para las emisiones de níquel en el ordenamiento jurídico colombiano ; la imprecisión de las mediciones realizadas por la empresa accionada ; los errores y omisiones en los actos administrativos de seguimiento y control ambiental ; la presencia recurrente no controladas de escoria que llegan a las comunidades ; estimación contradictoria de la dirección de los vientos ; y las concentraciones excesivas de contaminantes en la zona de influencia directa del complejo minero .

Vale aclarar en este caso que la sociedad Cerro Matoso solicitó la nulidad de varias órdenes de la sentencia analizada, dentro de las cuales se encontraba la orden de indemnización de perjuicios, solicitud que fue resuelta por Auto 616 de 2018 de la Sala Plena con ponencia de Alberto Rojas Ríos. De acuerdo con la Corte, la Sala de Revisión de tutelas efectivamente había modificado el precedente⁴⁵ respecto de la indemnización de perjuicios en la Sentencia SU-254 de 2013⁴⁶ porque reconoció dentro de la indemnización los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales lo cual está adscrito al lucro cesante e incluyó el pago de perjuicios extrapatrimoniales como el daño moral.

Al estudiar estas decisiones se encuentra que la Corte frente a los derechos de las comunidades indígenas tampoco ha tenido univocidad en el alcance de la orden del daño emergente. En efecto en el caso de la Comunidad de Cristianía c. Ministerio de obras públicas y otros, el daño emergente vendría siendo más bien un sinónimo de perjuicios patrimoniales o materiales en la clasificación

⁴⁵ Al respecto, la Corte reiteró los lineamientos establecidos en la sentencia SU-254 de 2013, oportunidad en la cual señaló que el carácter subsidiario y excepcional de la indemnización en abstracto de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, exige la aplicación de las siguientes reglas: (a) la tutela no tiene un carácter o una finalidad patrimonial o indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales; (b) su procedencia se encuentra condicionada a que se cumpla con el requisito de subsidiariedad, en cuanto no exista otro medio judicial para alcanzar la indemnización por los perjuicios causados; (c) debe existir una violación o amenaza evidente del derecho y una relación directa entre ésta y el accionado; (d) debe ser una medida necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; (e) debe asegurarse el derecho de defensa del accionado; (f) la indemnización vía tutela puede cubrir el daño emergente; y (g) el juez de tutela debe precisar el daño o perjuicio, el hecho generador del mismo, la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho, el nexo causal entre el accionado y el daño causado, así como los criterios para que se efectúe la liquidación por el juez competente.

⁴⁶ Igualmente planteó Cerro Matoso que exigía únicamente la existencia de mecanismos judiciales que permitan reclamar la indemnización para desestimar la condena en abstracto en sede de tutela, mientras que la sentencia T-733 de 2017 condiciona dicho requisito a las condiciones de idoneidad y eficacia de protección de los derechos fundamentales. De igual manera con respecto a la arbitrariedad, si bien existe una responsabilidad clara en la violación por parte de la empresa Cerro Matoso las condiciones de la vulneración mostraban colaboración por parte de las instituciones estatales, por lo cual no podía hablarse de conductas arbitrarias sino solo acciones que vulneran derechos fundamentales que, en buena medida, fueron aceptadas por las instituciones del Estado. Así mismo sobre el requisito de comprobación del nexo de causalidad directo, la sentencia T-733 de 2017 desconoció la regla de precedente establecida por la sentencia SU-254 de 2013 pues esta obligaba a que el juez constitucional acreditara o precisara de manera directa la relación entre la conducta del accionado y la vulneración a los derechos fundamentales del accionante mientras que en este caso se utilizaron parámetros altamente probables. Frente a la limitación al daño emergente la sentencia T-733 de 2017 desconoció dicho precedente.

tradicional pues lo que se ordena indemnizar es la situación económica y no solo los gastos generados como consecuencia de la violación al derecho fundamental.

Por su parte en el caso *Emberá Katíos c. Hidroeléctrica Urrá I y II*, si bien se trata de gastos que son derivados del daño al derecho fundamental a la consulta previa y supervivencia de la Comunidad, su indemnización no corresponde a la pérdida experimentada o los gastos asumidos sino simplemente a un valor que permita la supervivencia, valor que puede ser incluso menor al daño emergente, frente a lo cual se da incluso la facultad que se calcule por acuerdo.

En el caso de la comunidad *Uitoto Fe+raia+ c. Alcaldía municipal de Villavicencio & Otros* el daño emergente consiste en los cánones de arrendamiento que tuvo que asumir la comunidad como consecuencia del desplazamiento al que fueron forzados y de la falta de gestión de las autoridades desde el fallo de tutela. En ese caso a pesar de ser un verdadero ejemplo de daño emergente (los cánones se generaron efectivamente por la violación del derecho fundamental) y que por primera vez parece ser un ejemplo de daño emergente que es necesario para garantizar la efectividad de un derecho fundamental como es la supervivencia cultural de la comunidad, no se entiende muy bien por qué únicamente se hace referencia a aquellos cánones causados luego de la presentación de la acción de tutela.

Por último, en el caso de Cerro Matoso la Corte nuevamente ordenó indemnizar no solo el daño emergente sino los demás tipos de perjuicios que pueden derivarse de la afectación de un derecho. Frente a los daños corporales generados por la actuación de Cerro Matoso ordenó por un lado aspectos propios del daño emergente como los gastos de tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; por otro lado, ordenó indemnizar un aspecto que se reconoce como parte del lucro cesante que es la pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; así mismo ordenó indemnizar el daño moral correspondiente al dolor o sufrimiento causado. Por otro lado, respecto

a los daños al medio ambiente con consecuencias patrimoniales individuales ordenó indemnizar los cultivos o cosechas, propio del daño emergente pero también la disminución de productividad agrícola y/o pesquera que correspondería a un lucro cesante. Por último, ordenó reparar de manera colectiva sin limitarlo a un daño emergente las necesidades que aquejan a las comunidades accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual a través de proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones afectadas.

3.6. Igualdad

Después de una serie de decisiones negativas en años anteriores frente a las solicitudes de proferir la orden de condena en abstracto⁴⁷, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia de unificación del 30 de mayo de 1996 analizó el caso de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de un trabajador portador del virus del VIH, a quien se le terminó su contrato de trabajo por tal razón, situación que lo dejó en una precaria situación económica. La Corte, después de analizar el alcance de la potestad del empleador de terminar unilateralmente el contrato de trabajo encontró que la causa real de la terminación fue el padecimiento del trabajador, lo cual configuraba una violación de sus derechos fundamentales, en especial los del trabajo, la honra y el buen nombre, y que por su precaria situación reclamaba de manera urgente un resarcimiento moral y material que le permitiera seguir viviendo con dignidad⁴⁸. En ese sentido, la Corte además de tomar otras medidas⁴⁹ definió las reglas para la indemnización del daño emergente y de los

⁴⁷ Sentencias T-375 de 1993, T-384 de 1993, T-563 de 1993, T-033 de 1994, T-095 de 1994, T-259 de 1994, T-403 de 1994 y T-453 de 1995

⁴⁸ En ese marco la Corte ordenó que una vez el trabajador adquiriera el carácter de enfermo sintomático de Sida el empleador debía reconocerle la pensión de invalidez y de igual manera en el evento de no estar afiliado a seguridad social el empleador debía garantizarlo pagando los aportes pendientes.

⁴⁹ CONDENAR en abstracto a la Corporación Gun al pago de la indemnización del daño emergente causado al demandante XX. Para la liquidación de la anterior condena, ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que, dentro de los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia,

perjuicios morales indicando que i.) el daño emergente correspondería a los daños materiales que se comprobaren y tuvieran nexo de causalidad directo con las violaciones de los derechos fundamentales ii.) del valor de la indemnización debía deducirse la suma de dinero que el ex trabajador hubiese percibido del valor de la conciliación laboral antes llevada a cabo, iii.) la liquidación se haría por el juez competente mediante incidente y iv.) se fijaría, a prudente juicio del juez, el valor de los perjuicios morales subjetivos ocasionados al demandante de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 106 del Código Penal (Corte Constitucional, Sentencia SU-256, 1996).

El 5 de diciembre de 2002 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre se analizó el caso de un sacerdote de la iglesia católica que negó la comunión a una persona que sufría de parálisis cerebral indicando que no era digna de la misma por “ser como un animalito”. A partir del estudio del caso, y a pesar de reconocer un déficit en el material probatorio, la Corporación entendió que existió una afectación a los derechos fundamentales del menor por considerar que los dichos del religioso denigraron la persona, en el sentido en que, si bien era válido abstenerse de otorgar la comunión por una cuestión de entendimiento, no lo era el hecho de referirse a este como un animal, despojándolo de su condición de humanidad. En tal sentido, la Corte ordenó no solo que el sacerdote realizara una ceremonia para reconocer públicamente que trató de manera indebida e inconstitucional al menor en condición de discapacidad pues no podía calificarle como un “animalito” sino también “CONDENAR en abstracto al Sacerdote Fernando Moreno, por los perjuicios morales ocasionados al menor Alexander Morales Bailón, causados por el trato

realice la liquidación de la condena en abstracto, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales. De la anterior indemnización se deducirá lo reconocido y pagado por la Corporación Gun Club por concepto de la conciliación firmada ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, el día 3 de agosto de 1994.

denigratorio y violatorio de la dignidad humana al cual fue sometido” (Corte Constitucional, Sentencia T-1083, 2002).

Posteriormente, en el año 2005, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas, la Corporación tuvo la oportunidad de estudiar una situación relativa a discriminación racial frente a personas afrodescendientes en un establecimiento de comercio de Cartagena. En efecto, la Corte en el caso estudiado, luego de argumentar por qué no podía hablarse de un hecho consumado, de reiterar las reglas de la acción de tutela contra particulares y definir el alcance de la protección a la discriminación, determinó de acuerdo con el análisis de los testimonios practicados, que efectivamente los establecimientos de comercio habían rechazado el ingreso a una ciudadana por su color de piel. A partir de ello, y por la gravedad y arbitrariedad⁵⁰ de la violación de los derechos de la accionante, la Sala no solo ordenó a los representantes legales de los establecimientos abstenerse de impedir que la accionante ingresara a sus establecimientos en adelante, sino que entre otras medidas ordenó a la Defensoría del Pueblo a tomar las medidas para instruir sobre promoción de los derechos humanos, orígenes de las comunidades afrocolombianas y la importancia de los derechos de las comunidades étnicas, así como verificar que en los establecimientos demandados no se incurriera nuevamente en prácticas de discriminación racial. Así mismo consideró la Sala necesario indemnizar en abstracto los perjuicios morales sufridos por la peticionaria representados en el dolor, sufrimiento y vergüenza ocasionados por los establecimientos de comercio quienes impidieron el ingreso por su color de piel así:

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,

⁵⁰ Adicionalmente, tal y como se expresó, la vulneración del derecho en el presente caso es manifiesta y consecuencia de una actuación no solamente arbitraria sino también grosera respecto de la Constitución y del ordenamiento internacional de Derechos Humanos, que no tiene justificación alguna.

en los términos del argumento jurídico número 8⁵¹ de esta providencia (Corte Constitucional, Sentencia T-1090, 2005).

De esta manera se evidencia como tampoco en el marco de las decisiones relativas a casos de discriminación la Corte ha tenido un concepto unívoco de daño emergente. Mientras en la sentencia del caso del trabajador con VIH se trató de indemnizar un daño inmaterial con sus distintas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales, en los demás (caso Alexander Bailón c. Sacerdote de la iglesia católica y Discoteca Q-kyito) equiparó la noción de daño emergente con la noción de daño moral, cuestión que como se ha indicado no tiene asidero conceptual alguno en la responsabilidad civil tradicional y responde más bien a criterios de necesidad de justicia, sancionatorios y un enfoque de derecho a la reparación de la víctima del daño.

3.7. Derecho a la reparación integral en el marco del conflicto armado

Por primera vez en el año 2007 se ordenó en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, la indemnización de un ciudadano en el marco del conflicto armado colombiano. En efecto, en sentencia del 15 de marzo de 2007 con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte analizó el caso de una mujer desplazada, cuyo compañero de vida y padre de su hija fue asesinado por miembros de grupos paramilitares en el municipio de Restrepo, Valle. De acuerdo con lo expuesto por la Corte la accionante presentó una solicitud de ayuda humanitaria que le fue negada por no haber presentado una certificación de haber sucedido el homicidio efectivamente por razones del conflicto armado. En sentencia, la Corporación hizo un análisis de los derechos de las víctimas en materia de ayuda humanitaria ante el conflicto, desde los estándares internacionales ratificados por Colombia, así como de los deberes y responsabilidades del Estado

⁵¹ De acuerdo con la Sala “Pues bien, agregado a lo anterior, en la sentencia T-375 de 1993 la Corte estableció que respecto del perjuicio debe existir una prueba mínima sobre su ocurrencia la cual se define conforme al concepto de daño emergente prevista en el artículo 1614 del Código Civil. A partir de estos elementos se colige que la indemnización en abstracto se limita al perjuicio o pérdida que proviene de la vulneración del derecho fundamental”. (Subrayas son propias).

frente a los hechos de violencia y las características de los recursos que debían tener disponibles. A partir de allí concluyó que en el caso concreto debían ampararse los derechos de la accionante a la reparación del daño causado, es decir a la restitución, indemnización y rehabilitación, que habría de liquidarse mediante incidente, como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Así definió la Sala:

Tercero. -CONCEDER a la señora Nancy Lozano Escandón y a la menor Natalia Lozano Escandón la protección constitucional de su derecho fundamental a la reparación por los daños causados a causa del homicidio de su compañero y padre, ocasionado por grupos paramilitares, en hecho ocurrido en la localidad de Restrepo (V.) el 15 de octubre de 2001, que la Fiscalía del lugar se abstuvo de investigar. En consecuencia, la Presidencia de la República, Red de Solidaridad Social, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia incluirá a la actora y a su hija en los programas de asistencia a la población afectada por el conflicto armado y las indemnizará por los perjuicios causados, de conformidad con el monto que fijará la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 (Corte Constitucional, Sentencia T-188, 2007).

Nuevamente respecto de la problemática de las familias víctimas del conflicto armado con fecha del 16 de febrero de 2009 se analizó por parte de la Corte una serie de expedientes de familias del corregimiento de Bellavista en el municipio de Algarrobo, Magdalena, que relataron fuertes enfrentamientos entre guerrilleros y paramilitares, así como un constante asedio por parte de estos últimos en su territorio por un periodo prolongado de tiempo. En este caso le correspondió a la Corte determinar si se vulneraba el derecho fundamental a la reparación de los desplazados por la violencia, con la negativa de Acción Social de acceder a la petición de justa indemnización y someterlos al proceso penal o al proceso de reparación por vía administrativa. Luego de recordar que los medios de defensa de los derechos fundamentales deben apreciarse en concreto, la especial protección que detentan los desplazados por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, así como de establecer el alcance del derecho fundamental a la reparación de las víctimas del desplazamiento forzado con especial énfasis en lo dispuesto en la Sentencia T-188 de 2007, la Corte determinó que las personas víctimas del desplazamiento forzado podían efectivamente

obtener una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido a través de la acción de tutela.

en ese sentido decidió con base en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991:

Quinto: CONDENAR en abstracto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, a pagar los perjuicios causados a los accionantes enunciados en los numerales anteriores por el desplazamiento forzado del corregimiento de Bellavista, municipio de Algarrobo, departamento de Magdalena, de conformidad con el monto que fijará la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 (...) (Corte Constitucional, Sentencia T-085, 2009).

De esa manera, es evidente cómo en el marco de las reparaciones producto del conflicto armado la Corte no ha ordenado indemnizar el daño emergente en realidad, sino que ha echado mano de la potestad otorgada por el artículo 25 del Decreto 2591 para concretar a través de ella el derecho fundamental a la reparación de las víctimas que ha sido reconocido constitucionalmente sin importar que ello contraríe el concepto de daño emergente que ha sido definido legal y doctrinariamente.

3.8. Estabilidad laboral reforzada

El 7 de noviembre de 2002 la Corte analizó un caso de una trabajadora, cabeza de familia, madre de tres menores de edad, quien fue despedida mientras se encontraba en estado de embarazo. La Sala inició por hacer un relato de la situación que viven las mujeres embarazadas en el ámbito laboral, su estado de indefensión, así como la explicación de cómo el despido se constituye en una conducta que genera una pluri-afectación de derechos fundamentales dando lugar a la institución de la estabilidad laboral reforzada de la mujer trabajadora en estado de embarazo. Luego de aclarar el alcance de tal protección y los requisitos para su procedencia, la Sala determinó que en el caso concreto al no haberse solicitado permiso al Ministerio del Trabajo, ni existir una causa objetiva para el despido, debían revocarse las sentencias de instancia que declararon improcedente la tutela y en su lugar ordenar el reintegro de la trabajadora en un término de 48 horas, ordenar su afiliación al sistema de seguridad social en salud, ordenar el pago de la

suma correspondiente a la licencia de maternidad, aportes en salud y pensiones y adicionalmente “Condenar en abstracto a INSERCOL Ltda, al pago de todos los gastos en que incurrió la señora Fanny Esperanza Mondragón Rivera relacionados con su maternidad, y que de otra manera hubiesen sido cubiertos por la respectiva E.P.S. (Corte Constitucional, Sentencia T-961, 2002).

En sentencia del 5 de diciembre nuevamente se analizó un caso de terminación del contrato de trabajo de una mujer en estado de embarazo, esta vez por la no renovación de un contrato a término fijo. En la sentencia, la Corporación luego de recordar los supuestos de hecho necesarios para el amparo de los derechos de las trabajadoras embarazadas, decidió ampliar el espectro de protección y otorgar el amparo como mecanismo transitorio ordenando el reintegro y renovación del contrato de la trabajadora a quien se le había terminado el plazo de su contrato, el pago de la licencia de maternidad, la afiliación al sistema integral de seguridad social en salud, el pago de la licencia de maternidad y adicionalmente condenar en abstracto al empleador “al pago de todos los gastos en que incurrió la señora Lorenza del Carmen Espitia Páez relacionados con su maternidad, y que de no haberse interrumpido la relación laboral hubiesen sido cubiertos por la respectiva E.P.S.” (Corte Constitucional, Sentencia T-1084, 2002).

Así, encontramos como la Corte, tal y como lo había hecho en los casos de acceso a los sistemas de seguridad social también ha ordenado indemnizar un verdadero daño emergente en los casos de fuero de maternidad, más allá de que pueda generar duda si ello es necesario para el goce del derecho o se trata más bien de una medida estrictamente resarcitoria y así mismo si ello no va en contra del principio de subsidiariedad de la acción de tutela pues muchos casos análogos se resuelven a través de la jurisdicción ordinaria o bien han sido resueltos en sede tutela sin acudir a la orden de indemnización de perjuicios.

3.9. Debido proceso

El 29 de octubre de 1996, la Corte estudió una acción de tutela en contra del Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá en la cual se alegaba un error de hecho por parte de tal despacho pues a pesar que en sede tutela se había ordenado la indemnización del daño emergente en abstracto y en la parte motiva de la sentencia se había indicado que existían perjuicios materiales y morales⁵² - decisión que fue confirmada por el juez de la impugnación de la tutela-, en sede del incidente de reparación, el juez incidental negó las pretensiones en tanto los perjuicios alegados no constituían daño emergente pues hacían alusión a daños morales o a lucro cesante. Al resolver la tutela por error de hecho, la Corte Constitucional ordenó al juzgado incidental proceder a cuantificar los perjuicios morales ocasionados al accionante y ordenados en abstracto por la sentencia de tutela proferida por ese mismo Juzgado, en tanto no era posible, por parte de los jueces incidentales definir si existía o no el daño, situación probada con el fallo tutela, sino identificar si los perjuicios se ubicaban dentro de daño emergente o de lucro cesante, de tal manera que, si estaban en el segundo grupo debían negarse y si estaban en el primero debían ser cuantificados con los elementos de juicio del expediente de tutela y del cuaderno del incidente. Así mismo, la Corte indicó que no era posible negar la cuantificación de los perjuicios morales pues a su juicio los mismos se encuentran comprendidos en la categoría de daño emergente. Así expresó la Corporación:

Por supuesto que dentro del concepto daño emergente caben los perjuicios materiales y los perjuicios morales; lo discutible es que el daño moral se incluya en el lucro cesante. Lo del daño emergente queda completamentado (sic) por otra frase contenida en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991: "la liquidación del mismo y de los demás perjuicios", o sea los demás perjuicios provenientes del daño emergente, por ejemplo los perjuicios morales, como lo admitió la Corte en la sentencia de unificación 256/96 al indicar: "Se fijará, a prudente juicio del juez, el valor de los perjuicios morales subjetivos ocasionados al demandante, de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 106 del Código Penal". Y no

⁵² En el caso que dio origen a la tutela se ordenó la indemnización en abstracto a favor de un usuario del sistema financiero a quien se le vulneró el derecho fundamental al habeas data.

podía ser de otra manera porque el daño moral subjetivo, es el más frecuente en la violación de los derechos fundamentales. Es más, no necesita demostración alguna, quedando al prudente criterio del juzgador la fijación del QUANTUM, así lo enseñan COLIN Y CAPITANT: “Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro sería una injusticia escandalosa. A falta de cosa mejor, el dinero sirve en esta vida para curar muchas heridas, muchos sufrimientos (Corte Constitucional, Sentencia T- 575, 1996).

Bajo esa lógica concluyó la Corte:

En conclusión, la indemnización de perjuicios ordenada en la acción de tutela al comprender el “daño emergente” se refiere a los perjuicios materiales y los perjuicios morales, se hace esta afirmación no sólo con base en doctrina sino en la lectura armónica de la integridad del artículo 25 del decreto 2591/91 (Corte Constitucional, Sentencia T- 575, 1996).

El 9 de agosto de 2016 la Corte Constitucional debió definir si un fallo inhibitorio proferido por el Consejo de Estado, con base en que los actos administrativos que suspenden de manera provisional a un funcionario público -conforme a la atribución constitucional conferida a los contralores derivada del principio de verdad sabida buena fe guardada- no son susceptibles de control de legalidad por vía judicial por tratarse de actos preparatorios⁵³, constituía una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe de una mujer que fungía como curadora urbana en Bogotá, en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento contra tal entidad. La Corte luego de recordar los presupuestos para la procedencia de tutela contra providencia judicial y la jurisprudencia de la Corte en materia de la potestad de la Contraloría de suspender provisionalmente a un funcionario conforme al principio de *verdad sabida buena fe guardada* determinó que la sentencia inhibitoria contrariaba las disposiciones constitucionales en tanto las condiciones del caso permitían que el Consejo de

⁵³ señaló que la jurisprudencia vigente para el 2006, año en que fue presentada la demanda, establecía que los actos administrativos a través de los cuales el Contralor exige la suspensión de un funcionario con base en la facultad establecida en el artículo 268-8 Superior eran susceptibles de control judicial. De este modo, solicitó “que la sentencia se emitiera con base en dicha jurisprudencia, y no con base en la jurisprudencia dictada con posterioridad a la presentación y reforma de la demanda (...) que varió dicha postura, todo con el fin de que se respetaran los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, así como al principio de seguridad jurídica”.

Estado profririera una decisión de fondo a fin de impedir que el litigio quedara sin resolverse y dejando a la actora sin más herramientas jurídicas para reclamar los perjuicios causados como consecuencia de la suspensión del cargo. Por ello y debido a que la acción administrativa de reparación directa ya había caducado, lo cual implicaba la imposibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa para reclamar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir como consecuencia de la suspensión del cargo de por más de 10 años, ordenó en abstracto la indemnización del daño antijurídico, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 así:

Cuarto. CONDENAR en abstracto a la Contraloría de Bogotá D.C. al pago de la indemnización por el daño antijurídico causado a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero. Para la liquidación de la anterior condena, DISPONER que la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia, realice la liquidación de la condena en abstracto, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales (Corte Constitucional, Sentencia T-416, 2016).

El 18 de agosto de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional, con ponencia de Gloria Stella Ortiz Delgado, analizó sendas acciones de tutela presentadas por ciudadanos colombianos en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por considerar que se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia como consecuencia del rechazo de las demandas ejecutivas laborales que instauraron contra las Embajadas del Líbano y de los Estados Unidos luego de los correspondientes procesos laborales, bajo la tesis de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados conforme lo establece la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas. La Corte luego de realizar un estudio sobre la jurisdicción de Colombia en este asunto desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho interno determinó que efectivamente por regla general no es posible proceder a la ejecución de los fallos judiciales debido al principio de inmunidad de ejecución a favor de los Estados. Sin embargo, la Corte advirtió que era un deber del Estado garantizar los derechos

laborales de los ciudadanos en virtud de la obligación de protección eficaz de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Por ese motivo ordenó una serie de conductas alternativas al Ministerio de Relaciones Exteriores para garantizar los derechos laborales de los ciudadanos así: i.) adelantar las diligencias diplomáticas necesarias para que las respectivas embajadas ejecuten la sentencia; ii.) si en 6 meses no se lograba tal objetivo debía iniciar los trámites de exequátur para obtener el cumplimiento de las decisiones anteriores ante las jurisdicciones de estos países y iii.) si en un año ello no fuere posible entonces aplicando la teoría del daño especial y la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, indemnizar con fundamento en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 los valores adeudados por la embajada y subrogarse en tal deuda frente a ellas para recuperar a través de los medios diplomáticos y legales disponibles (Corte Constitucional, Sentencia SU-443, 2016).

El 20 de junio de 2018 mediante auto 395 de 2018, por incidente de desacato la Corte retomó un fallo que había dictado en Sentencia T-462 de 2015 en el cual la Corporación había ordenado al representante legal de la Embajada del Reino Unido e Irlanda el Norte que procediera a reintegrar a un ciudadano a un cargo igual o de similares condiciones al que venía desempeñando con motivo de haber sido despedido por causa de razones discriminatorias. En tal ocasión la Corte determinó que, en caso de incumplimiento por parte de la Embajada del Reino Unido, el Ministerio de Relaciones Exteriores debía sufragar los gastos para garantizar que el demandante contara con los medios suficientes para agotar las instancias y recursos administrativos y judiciales disponibles para la protección efectiva de sus derechos en el exterior incluyendo gastos de procesos y abogados. Sin embargo, luego de que una firma internacional indicara la inexistencia de probabilidades de que el gobierno inglés cumpliera la orden de la Corte Constitucional la Corporación decidió entonces modificar su orden y tal como lo había ordenado anteriormente en

el caso de las embajadas del Líbano y Estados Unidos decidió ordenar la indemnización del daño emergente, sin limitarlo a las deudas laborales, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores⁵⁴.

Tercero. CONDENAR en abstracto al Ministerio de Relaciones Exteriores a reparar integralmente los perjuicios causados al accionante por la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad étnica y al debido proceso. La liquidación de la condena en abstracto se hará por el juez competente de la jurisdicción contencioso administrativa, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales establecidos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 (Corte Constitucional, Auto 395, 2018).

De las sentencias estudiadas se observa como tampoco al analizar casos relativos al debido proceso y acceso a la justicia la Corte ha tenido un concepto unívoco. Claramente la decisión más llamativa se encuentra en la Sentencia T- 575 de 1996 y da cuenta de lo lejos que está el concepto tradicional de daño emergente de la responsabilidad civil de las posturas que en ocasiones ha asumido la Corte. En efecto afirmar que dentro de la categoría del daño emergente estaban los perjuicios materiales y morales es una argumentación que no es coherente con la definición legal del daño emergente o cualquiera de las clasificaciones de las tipologías del daño elaboradas por la doctrina y parece obedecer a una lógica y unos propósitos distintos.

Por su parte en Sentencia T-416 de 2016 (caso de la curadora urbana) no queda muy claro si nuevamente equiparó el daño emergente a un daño inmaterial que puede tener consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que deben ser reparadas o si lo que se está ordenando indemnizar al indicarse “indemnización del daño antijurídico” es únicamente los salarios y demás

⁵⁴ En este punto resulta pertinente aclarar que, si bien el señor Moreno Hurtado recibió una indemnización por despido sin justa causa por parte de la Embajada del Reino Unido, ello no implica que la indemnización en abstracto que ahora se ordena, configure una doble reparación por el mismo hecho. En efecto, la indemnización reconocida por la Embajada de ese país corresponde al despido sin justa causa, mientras que el pago de la indemnización de perjuicios que se ordenará mediante el presente proveído concierne al daño especial ocasionado por el Estado, ante la imposibilidad de perseguir el resarcimiento de perjuicios causados por agentes o cuerpos diplomáticos que hacen presencia en el territorio colombiano.

emolumentos dejados de recibir como parecía indicar la parte motiva, lo cual en cualquier caso no luce como un daño emergente sino un lucro cesante.

Por su parte, tampoco en los casos de tutelas por violación del debido proceso que incluyen deudas o reparaciones que se encuentran cobijadas por el principio de inmunidad diplomática ha sido constante en la orden de condena del daño emergente. Mientras que en la Sentencia SU-443 de 2016 ordenó efectivamente el pago de los valores causados efectivamente y que no le fueron pagados, un verdadero daño emergente, en el Auto 395 de 2018 nuevamente como lo había hecho en decisiones en otros escenarios constitucionales equiparó la noción de daño emergente con la de un daño inmaterial a los derechos, que puede tener consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que también ordena indemnizar como perjuicios.

Conclusiones

Más allá de las críticas que se realizan respecto de la posibilidad del juez de tutela de condenar al daño emergente en abstracto en virtud de lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, es una realidad que tal disposición ha sido fundamento para que los jueces de tutela ordenen indemnizar en los casos de la violación a derechos fundamentales.

Tal facultad, contrario a lo que se piensa comúnmente, no es tan excepcional, pues solo la Corte Constitucional ha hecho uso de ella en al menos 36 ocasiones y en casi todos los años desde 1992 (1992, 1993, 1996, 1998, 2002, 2004, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2016, 2017, 2018, 2019) incluyendo varios escenarios constitucionales, lo cual ni siquiera toma en cuenta que todos los jueces de la República son jueces de tutela y cuentan con la misma facultad que las salas de revisión de la Corte que por su naturaleza no selecciona para revisión todos los casos de acción de tutela del país.

Más allá de si es adecuado o no que el juez de tutela tenga la potestad de ordenar una indemnización respecto del daño emergente, lo que sí llama mucho la atención es que después de indagar por las distintas nociones o definiciones de daño, por sus tipologías, por las distintas clasificaciones que ha realizado la doctrina, por la consagración legal o jurisprudencial de las definiciones de tales daños, la Corte Constitucional haya modificado quizá lo único frente a lo cual la doctrina del derecho de daños había tenido unanimidad desde la expedición del Código Civil de Don Andrés Bello, la definición de daño emergente como afectación patrimonial experimentada.

No es posible encontrar coherencia o univocidad de criterio en los fallos de la Corte Constitucional en los cuales actúa como juez de tutela, respecto de la orden de condena del daño emergente. Por ello es absolutamente necesario por parte del operador jurídico hacer un análisis casuístico, particular, tanto de la parte considerativa como de la parte resolutive de los fallos, para entender en cada caso concreto, qué es exactamente lo que la Corte está ordenando indemnizar, para lo cual toma gran importancia hacer uso de los esfuerzos académicos de la responsabilidad civil respecto de las clasificaciones del daño y las distintas subpartidas que se indemnizan pues se utilizan indistintamente los términos daños, perjuicios, perjuicios patrimoniales y morales, daño moral, etc.

Es claro que solo a través de la lectura de los fallos de la Corte Constitucional el operador jurídico encontrará un cambio en la definición del concepto del daño emergente que ha sido utilizado tradicionalmente en la disciplina de la responsabilidad civil y del Estado al punto de haberlo equiparado o incluido en este el daño moral.

Ahora bien, a pesar de que no es posible extraer reglas jurisprudenciales claras o exactas de las decisiones de la Corte Constitucional en esta materia, es posible plantear algunas reflexiones sobre las decisiones para entender cuál ha sido la postura de la Corte respecto de la orden de condena

del daño emergente. En efecto la Corte ha trasegado al menos por los siguientes senderos: 1.) equiparar el concepto del daño emergente con lo que en realidad es un daño con sede inmaterial (la afectación de derechos fundamentales), del cual se pueden derivar consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales y en ese sentido daño emergente sería entonces algo así como el daño que emerge de la violación de derechos fundamentales, regla general de la Corte en los casos de daño al buen nombre, la honra, la intimidad, el habeas data o la dignidad humana, reparación de víctimas del conflicto armado, interrupción voluntaria del embarazo, y otros. En ese caso la Corte ha privilegiado la reparación integral de las víctimas sobre la coherencia normativa y el alcance del concepto del daño emergente⁵⁵ 2.) equiparar el concepto de daño emergente con el de daño moral como ha sido el caso de algunos fallos en materia de daño a la intimidad personal o la dignidad humana (Caso viuda e hijas de Rafael Orozco, caso discriminación en discoteca de Cartagena, caso discriminación por parte de sacerdote de la iglesia católica, etc) iii.) utilizar el concepto de daño emergente como sinónimo de daño patrimonial Caso de comunidad de *Cristianía* contra consorcio Solarte y Ministerio de Obras Públicas o caso curadora de Bogotá iv.) utilizar el concepto de daño emergente como daño que incluye los perjuicios materiales y los morales pero no el lucro cesante, la más extraña en cualquier caso de sus posturas (caso Sentencia T-575 de 1996) o v.) utilizar el concepto de daño emergente en su sentido legal y doctrinalmente aceptado como pérdidas económicas derivadas de un hecho dañoso, en este caso de la afectación de derechos fundamentales, postura que ha sido adoptada en los casos de acceso a los servicios de seguridad social (salud y pensiones), fuero de maternidad y los casos de inmunidad diplomática donde no es posible para los ciudadanos el acceso a la justicia efectiva. De tal manera, es necesario en cada

⁵⁵ Ilustra muy adecuadamente esta postura la cita que en su libro hace de Mao Tse Tung el profesor Yañez. “*Gatos negros, gatos amarillos, da igual, siempre y cuando maten ratones.*”

caso revisar cuál es la postura de la Corte para entender a ciencia cierta qué está ordenando indemnizar.

Es posible igualmente verificar que la Corte Constitucional no ha hecho una diferenciación juiciosa entre el momento correspondiente a la orden de indemnizar el daño emergente (aspecto para el cual está facultado expresamente en el Decreto 2591) y la liquidación a través del procedimiento incidental (que le fue otorgada al juez incidental). Ello ha llevado a que la Corte por razones de justicia, queriendo asegurar la eficacia del derecho, exceda la competencia que le otorga el artículo 25 del Decreto 2591 y traspase la frontera de la orden para llegar al momento de la liquidación. Esto ha generado que ordene no solo la condena del daño emergente sino de otros perjuicios o en general la reparación integral del daño. En ese sentido podría decirse que las decisiones no parecen tener como fundamento el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 sino el deber de garantía de los derechos por parte del Estado y el derecho a la reparación de las víctimas, desarrollado tanto en el derecho interno como en el ámbito internacional, aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar un estudio de las decisiones de la Corte.

Urge en el país un esfuerzo titánico para conocer el panorama frente a la temática de este trabajo conforme las decisiones los jueces de la República en su función de jueces de tutela. En efecto, si no es posible encontrar coherencia en las pocas decisiones de la Corte Constitucional, resulta traumático pensar en cómo se hace uso de la potestad del decreto 2591 de 1991 en todos aquellos casos que no son seleccionados para revisión de la Corte, a lo largo y ancho del territorio nacional si es que existen. Hay entonces allí una oportunidad muy importante para los estudiosos del derecho privado y también del derecho público (que cada vez y con razón dejan de ser diferentes el uno del otro) de verificar cuál es el estado del arte en la materia y proponer políticas públicas que permitan un adecuado uso de la figura o incluso un replanteamiento de su naturaleza. No es

inadecuado que la Corte Constitucional utilice herramientas del ordenamiento jurídico para buscar el mayor nivel de protección del derecho, lo que parece necesario es que en aras de garantizar la justicia no se transgredan instituciones que en realidad no deberían ser el fundamento de las decisiones.

En efecto, no solo se trata de lo que atañe al concepto de daño emergente, las decisiones de la Corte Constitucional abordan aspectos neurálgicos del derecho de daños, la noción de víctima, las teorías sobre la causalidad, el régimen probatorio, la solidaridad, etc. frente a lo cual a pesar de no ser el objeto de este trabajo existen muchas dudas pues pareciera tener también un tratamiento muy particular. En ese sentido, es necesario un acercamiento entre los estudiosos del derecho público y del derecho privado que permita continuar solucionando casos difíciles que constituyen verdaderas tragedias humanas sin que ello implique afectar otros derechos fundamentales como el debido proceso o afectar la lógica de las instituciones tradicionales. Así mismo, no deja de ser complejo con miras al principio de igualdad el hecho de que al tratarse de una potestad algunas personas tengan la suerte de contar la orden de indemnización de perjuicios mientras otras en idéntica situación fáctica sean tratadas de manera disímil.

Por otro lado, hay que aceptar de una vez por todas que a pesar de que se diga que el derecho de daños tiene una función eminentemente resarcitoria, a su lado van de la mano las funciones de prevención y castigo⁵⁶ y en mayor medida cuando se trata de derechos fundamentales donde la Corte no ha asumido una postura pasiva⁵⁷. Nótese que la norma del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 habla de una conducta manifiestamente arbitraria y que los casos de la Corte no se centran

⁵⁶ De acuerdo con M^cCausland “si se entiende que el daño a los derechos fundamentales se configura por la sola lesión del derecho, al margen de sus consecuencias, la responsabilidad que surge se torna principalmente sancionadora y eventualmente, preventiva y pierde, de esa manera, su función esencial, la reparación, en cuanto la atención se pone en la conducta del ofensor y no en la afectación del ofendido” (M^cCausland, 2008, p.44).

⁵⁷ Igualmente ha sido una institución que se ha utilizado para evitar las consecuencias de la caducidad de las acciones cuando ello no depende de la inactividad del demandado.

tanto en la necesidad de reparar el daño emergente por la gravedad del daño sufrido sino por lo grave de la conducta del accionado, contrariando así el dogma de que es el daño la medida de la reparación y no la conducta. Aquí estamos en presencia clara de una función reivindicatoria o de reafirmación del derecho violado que no se descarta puede tener un verdadero impacto en materia de política de las autoridades que burlan los derechos fundamentales y desobedecen reiteradamente las órdenes de prevención como en la prestación del servicio público de salud.

El abogado que se interese por el derecho de daños actual tiene que poner cada vez una mayor atención en los aspectos que solían ser de competencia del derecho público. En efecto, es evidente que la Constitución contiene una proliferación de intereses que una vez afectados se convierten en daños y es la Carta Política la que en mayor medida señala los valores e interés de la sociedad que deben ser tutelados por el ordenamiento. Así mismo, la categoría de daños inmateriales y el reconocimiento del denominado daño a bienes constitucional o convencionalmente protegidos, exigen por parte del operador jurídico un conocimiento técnico sobre el alcance de los derechos consagrados en la Carta y cuándo puede decirse que los mismos han resultado afectados y merecen ser reparados. Resulta impensable estudiar en estos tiempos daños por afectación a derechos de especial relevancia constitucional a la luz del derecho civil sin que antes se analice la influencia de los principios constitucionales sobre el sistema del derecho privado y en general sobre todo el ordenamiento jurídico.

Queda aún mucho camino por recorrer y entender de las ordenes indemnizatorias de la Corte y cómo acompañarlas con instituciones como la concurrencia de culpas, las teorías sobre la causalidad, las causales de justificación, la legitimación por activa y por pasiva, etc. a lo cual la academia debería prestar especial cuidado. La responsabilidad civil tiene mucho que aprender del derecho público en una era que ha superado los clásicos asuntos de accidentes automovilísticos y

responsabilidad médica para pasar a los casos complejos de afectación de los derechos y correlativamente la responsabilidad civil puede apoyar a través de sus desarrollos a darle coherencia a las decisiones que tienen que ver con la reparación de daños.

Referencias

Aramburo, M. (2015) Modernizar la responsabilidad extracontractual. Un mapa de problemas. En Castro, M., (Coord.). *Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios*. Bogotá: Temis.

Aramburo, M., (2018). ¿Villaveces o Rosazza? Una hipótesis sobre el daño moral. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/villaveces-o-rosazza-una-hipotesis-sobre>

Botero, L., (2017). Opinión de Luis Felipe Botero sobre el concepto de daño. En: Tamayo, J., (Ponente), *Nuevas reflexiones sobre el daño* (102-140). Bogotá: Legis Editores.

Casals, M, (2011). Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. Murcia: Universidad de Murcia.

Charry, J., (1992). *La acción de tutela*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Temis.

Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 57 de 1887. Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Bogotá: Diario Oficial.

Colombia. Congreso de la República. (1897). Ley 84 de 1873: Código Civil de Colombia. Bogotá: Diario Oficial

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, (2014). Sentencia 12 de noviembre de 2014. Radicado 38738. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá: Consejo de Estado.

Colombia. Constitución política de Colombia, (1991).

Colombia. Corte Constitucional (1992) Sentencia C-543 de 1992 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-222 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-414 de 1992, Magistrado ponente. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-426 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-428 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-525 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-577 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-611 de 1992, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1993). Sentencia T-161 de 1993, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1993). Sentencia T-303 de 1993, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1993). Sentencia T-332 de 1993, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1996). Sentencia T-575 de 1996, Bogotá: Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1996). Sentencia U-256 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (1998). Sentencia T-652 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2002). Sentencia T-036 de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2002). Sentencia T-1083 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo

Montealegre LynetT-Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2002). Sentencia T-1084 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2002). Sentencia T-961 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre LynetT-Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2002). Sentencia T-257 de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2004). Sentencia T-299 de 2004, Eduardo Montealegre LynetT-

Colombia. Corte Constitucional, (2005). Sentencia T-1090 de 2005, Clara Inés Vargas Hernández

Colombia. Corte Constitucional, (2007). Sentencia T-188 de 2007, Álvaro Tafur Galvis Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2008). Sentencia T-209 de 2008, Clara Inés Vargas Hernández Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2008). Sentencia T-946 de 2008. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2009). Sentencia T-085 de 2009, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2009). Sentencia T-439 de 2009, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PretelT-Chaljub Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2009). Sentencia T-496 de 2009, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2010). Sentencia T-465 de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2011). Sentencia T-841 de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2012). Sentencia T-1078 de 2012 Magistrado Ponente: Jorge Ignacio PretelT-Chaljub Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2016). Sentencia SU-443 de 2016. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2016). Sentencia T-301 de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2016). Sentencia T-416 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2018) Auto 395 de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2018) Sentencia T-200-18. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional, (2019). Sentencia T-436 de 2019. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo Bogotá: Corte Constitucional.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, (1922). Sentencia del 21 de julio de 1922. Gaceta Judicial Tomo XXIX. Magistrado Ponente: Tancredo Nanetti.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, (1968). Sentencia de 4 de abril de 1968. Gaceta Judicial Tomo CXXIV. Magistrado Ponente: Fernando Hinestrosa.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, (2014). Sentencia del 5 de agosto de 2014. Radicación: 11001310300320030066001. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramirez. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, (2015). Sentencia de 14 de octubre de 2015. Proceso: No. 46258. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral, (2014). Sentencia SL14269-2014 del 27 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Colombia. Presidencia de la República, (1991). Decreto 2591. Bogotá: Diario Oficial.

Correa, M., (1997). Los efectos de la acción de tutela o de los primeros albores del Estado constitucional en Colombia. Derecho del Estado, (3). 63-95

De Cupis, A. (1970). El daño. Teoría General de la responsabilidad civil. 2 ed. Martínez, A.,

(Trad). Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Escobar, S., (2016). El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. Un intento por descubrir el verdadero rol de la función preventiva en la órbita del derecho de daños. *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (37), 151-189.

Gaviria, A. (2017). ¿Genera obligación indemnizatoria la afectación del derecho a no tener hijos, a no nacer y de no seguir viviendo? *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (40), 93-120.

Henao, J., (1998). El daño. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Henao, J., (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, (28), 277-366.

Hinestrosa, F. (1967). *Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Hoyos, R., (1995). Acción de Tutela e Indemnización de Perjuicios. *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (1), 571-583.

Llamas, E., (2011). Los problemas actuales de la responsabilidad civil. 1 ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura

Martinez, G. (1998). La indemnización de perjuicios en la acción de tutela. *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (5), 47-73.

Martínez, G., (1998). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 18ª ed. Bogotá: Editorial Temis.

Moreno, F., (2015). ¿Responsabilidad civil sin perjuicio? De cómo devolverle al daño lo que es del daño. Trabajo presentando en: X Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil, agosto 27 y 28 de 2015, Bogotá.

Rojas, S., (2017). Crítica a la réplica formulada por el profesor Javier Tamayo. *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (40), 187-200.

Rojas, S., (2017). Tamayo, J., (2017). Discusión sobre los diversos tipos de daño. En: Tamayo, J., (Ponente), *Nuevas reflexiones sobre el daño* (29-33). Bogotá: Legis Editores.

Solarte, A. (2009). El principio de reparación integral del dolo en el derecho contemporáneo. En

tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Editorial Diké.

Solarte, A. Reparación Integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable. *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (37), (15-48)

Tamayo, J., (2008). Tratado de responsabilidad civil, tomo II. Bogotá: Legis Editores.

Tamayo, J., (2017). Qué es el daño. En: Tamayo, J., (Ponente), Nuevas reflexiones sobre el daño (1-8). Bogotá: Legis Editores.

Valencia Zea, A., (1960) Derecho Civil, Tomo III. Bogotá: Editorial Temis.

Velasquez, O., & Garrido, Y., (2016). Analisis crítico al proyecto de la ley sobre la indemnización de los daños a la persona. *Revista IARCE Responsabilidad Civil y del Estado*. (37), 49-70.

Yáñez, D., (2016) Responsabilidad Constitucional: El Juez De Tutela En La Reparación De Daños. Bogotá: Universidad Externado.

Yáñez, D., Pabón L., Santos, J., (2019). Orden de condena de perjuicios en abstracto en la acción de tutela: subreglas en su inaplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*. (42), 339-370.