

NATALIA CHARRY PASTRANA

**LAS DIFERENTES FORMAS DE REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE
TUTELA CUANDO ESTÁN INVOLUCRADAS ENTIDADES ESTATALES**

**(Maestría en Derecho de Estado con énfasis en Derecho Administrativo –
Profundización)**

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS
EN DERECHO ADMINISTRATIVO- PROFUNDIZACIÓN

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento

Derecho Administrativo: **Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba**

Director de Tesis: **Dr. Julián Pimiento Echeverri**

Presidente: **Dr. Andrés Fernando Ospina Garzón**

Examinadores: **Dr. Juan Carlos Peláez Gutiérrez**
Dr. Bernardo Carvajal Sánchez

Bogotá, 2 de septiembre de 2019

Doctor

JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA

Director

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad Externado de Colombia

Mediante la presente me permito rendir concepto favorable para la sustentación de la tesis que presenta la estudiante Natalia Charry Pastrana, titulada "**Las diferentes formas de reparación en la acción de tutela cuando están involucradas entidades estatales**", para optar por el título correspondiente a la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo, modalidad profundización.

El trabajo que realizó la estudiante **Charry Pastrana** cumple a satisfacción con los requerimientos según los estándares requeridos para acceder al título de maestría en la modalidad escogida. En 3 capítulos, la tesis intenta analizar la acción de tutela como una acción resarcitoria, sus aristas, las dificultades de esa interpretación y la jurisprudencia de las Altas Cortes al respecto.

Es de resaltar que la tesis que presenta la estudiante **Charry Pastrana** contiene un análisis serio respecto de las diferentes aristas de la reparación de perjuicios en el marco de la acción de tutela.

Por las razones expuestas, emito mi concepto favorable a la sustentación de este trabajo de grado y le solicito comedidamente, profesor Rincón, convoque el jurado correspondiente.

Cordial saludo,



Julián Pimiento Echeverri
Docente-investigador

*Esta ardua labor investigativa está dedicada, en primer lugar, a
Dios, por iluminarme en cada paso profesional y por
permitirme culminar esta meta.*

*Indudablemente, dedico la inspiración de mi trabajo a mis
padres: Félix Charry y Amparo Pastrana, por el ejemplo y el
amor con que crecí a su lado, ellos me enseñaron que la
educación es el mejor regalo que se puede dar a un hijo.*

*A mi adorado hermano, Félix Ernesto quien es mi más grande
orgullo y mi apoyo incondicional, porque su presencia en mi
vida, ha sido luz en momentos de oscuridad.*

*Finalmente, a la persona que me hizo sentir el amor más grande
de la vida, a tí, mi pequeña Mariana, que hoy eres mi fuerza y
mis ganas de ser el mejor ejemplo de vida. Deseo,
profundamente, que el día que leas esto, sientas orgullo por tu
mamá.*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a la Universidad Externado de Colombia, al programa de derecho administrativo y al cuerpo de docentes, por la oportunidad de permitirme hacer parte de esta gran casa de estudios.

Sin lugar a dudas, mi más sincero agradecimiento al Doctor: Julián Pimiento, por ser mi guía en este proceso de investigación académica, gracias por su tiempo y por compartir de manera generosa sus conocimientos y su calidez humana.

A ti, Juan David Peña, mil gracias por ser mi apoyo profesional y mi guía en tantas batallas.

A mi Jefe, el Doctor Tito Alejandro, por los permisos concedidos y por ser mi ejemplo de la máxima expresión del ejercicio de la profesión en el camino de la rectitud.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	ix
1. ¿LA ACCIÓN DE TUTELA ES UNA ACCIÓN RESARCITORIA?	1
1.1 ¿PORQUE LA ACCIÓN DE TUTELA PODRÍA NO SER CONCEBIDA COMO UNA ACCIÓN RESARCITORIA?	1
1.2 ¿POR QUÉ LA ACCIÓN DE TUTELA PUEDE SER CONCEBIDA COMO UNA ACCIÓN RESARCITORIA?	3
1.3 RAZONES POR LAS CUALES, PESE A QUE LA ACCIÓN DE TUTELA NO ES UNA ACCIÓN RESARCITORIA, A TRAVÉS DE ESTA SE PUEDEN ORDENAR DISTINTAS MODALIDADES DE REPARACIÓN	6
2. LA REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA	8
2.1 EL ORIGEN DEL DAÑO CONSTITUIDO POR LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL	8
2.2 ACREDITACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD O LA EXISTENCIA DE LA AMENAZA DE LA CONSUMACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE	11
2.3 EL OBJETIVO DE LA REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIO DE RESTAURACIÓN DE LA SITUACIÓN DE VULNERACIÓN PADECIDA	13
2.4 LAS FORMAS DE REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA SEGÚN LAS ALTAS CORTES	14
2.4.1 Indemnización en abstracto	15
2.4.2 Reparación pecuniaria	16
2.4.3 Reparación <i>in natura</i>	18

2.4.3.1 La aplicación de medidas de satisfacción en sede de la acción de tutela	19
2.4.3.2 La aplicación de medidas de rehabilitación	22
2.4.3.3 El uso de garantías de no repetición.....	24
2.4.3.4 Otras formas de reparación contemporáneas - in natura- desarrolladas por la jurisprudencia.....	27
3. LA REALIDAD JURÍDICA DE LA REPARACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL	30
3.1 EL SILENCIO DE LOS JUECES DE TUTELA PARA DECRETAR LA INDEMNIZACIÓN EN ABSTRACTO Y LAS DIFERENTES FORMAS DE REPARACIÓN.....	30
3.2 LA MATERIALIZACIÓN DE LA REPARACIÓN COMO DEPENDIENTE DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR EL JUEZ	31
3.3 LA AMENAZA O VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DA LUGAR A LA REPARACIÓN	33
CONCLUSIONES	35
BIBLIOGRAFÍA	40

“Creemos haber avanzado y de pronto nos damos cuenta de que no se ha arreglado nada.

Nos hemos quedado estancados”.

El taller de las ilusiones - Valérie Tong Cuong, Paris (2013)

INTRODUCCIÓN

“Arreglar la realidad resultaba agotador, pero alguien se tenía que ocupar de ello”.

El mundo. Juan José Millás. España.

Es necesario recordar que el nacimiento de los derechos humanos ocurrió con ocasión de la segunda guerra mundial y por ello, fue la declaración universal de los mismos suscrita por las Naciones Unidas en 1948, lo que significó *el gran Acuerdo de las Naciones*, creado con la intención de preservar la libertad y la dignidad humana. Los Derechos Humanos han logrado conseguir protagonismo en el desarrollo de cada sociedad, evidenciado en el hecho de que en la mayoría de los países están estructurados y transversalizados a lo largo de sus Constituciones Políticas, con el fin de favorecer relaciones adecuadas entre sus individuos y escenarios armónicos de poder y equidad.

En Colombia cuando estos derechos son vulnerados se puede hacer uso de la figura jurídica conocida como la acción de tutela, la cual es un mecanismo constitucional cuyo propósito principal es la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales.

En la actualidad Colombia cuenta con más de siete millones de tutelas, las cuales se han gestionado a partir de la creación de esta figura hace más de veintiocho años, diversos estudios coinciden en afirmar que la tutela es la herramienta más significativa para la defensa de los derechos fundamentales de los Colombianos. Según un informe de la unidad de tutelas realizado por la Corte Constitucional, se conoce que se puede llegar a procesar por año más 607.500 expedientes de tutela. Esta dependencia estatal también aclaró que el 50.84% de las tutelas son presentadas por mujeres, el 47.25% por hombres, el 0.028% por personas pertenecientes a la comunidad LGTBI y finalmente, un 1,87% por personas jurídicas (empresas). Siendo las ciudades de Bogotá

y Medellín, los lugares de mayor concentración en la interposición de esta acción. (El Tiempo, 2018).

En consonancia con ello, la presente investigación analizará las diferentes formas de reparación que presenta la acción de tutela; iniciando por identificar los requisitos para que prospere la pretensión de reparación y posteriormente, en base a diversas sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, determinando las clases de reparación y las circunstancias bajo las cuales son admitidas por las Altas Cortes; con el fin establecer que la acción de tutela también es un mecanismo idóneo para la reparación de derechos humanos y pese a su escasa utilización en primera y segunda instancia, es completamente procedente su interposición ante jueces ordinarios y no solo, en casos de revisión.

Dado el objeto de la investigación se tomará para el proceso de análisis de esta situación problemática las sentencias de tutela donde el accionado sea una entidad pública; por lo tanto, el problema jurídico que se desarrollará en este documento consiste en establecer si: *¿la acción de tutela es una acción resarcitoria? Y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿cómo se integran las distintas formas de reparación en el marco de dicha acción constitucional?*

Aunado a esto, se debe agregar que en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha llegado más lejos del límite demarcado en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1992, pues existen diversos fallos que demuestran distintas formas de reparar por medio de la acción de tutela y por ello, surge la necesidad de hacer un estudio profundo y significativo de la reparación en la mencionada acción constitucional.

Otra arista, de la situación problemática, la cual permite justificar el desarrollo de esta investigación respecto de la realidad jurídica ya mencionada tiene que ver con el desconocimiento que tienen los ciudadanos respecto a la viabilidad legal de exigir la

reparación integral cuando han sido sujetos de vulneración de derechos fundamentales; como quiera que, son pocas las peticiones de amparo que exigen dicha reclamación y esto, se evidencia en los fallos emitidos por la Máxima Gardiana de la Constitución, puesto que ha tasado la indemnización sin haber sido solicitado por la parte.

Así mismo la situación actual, deja ver que los jueces constitucionales aún se abstienen de decretar dicha medida resarcitoria frente a la vulneración de derechos fundamentales y, con ello, también la doctrina se ha abstenido de emitir pronunciamientos frente al tema. Pues son pocos los autores e investigadores que han desarrollado procesos de investigación sobre el tema en cuestión.

Por todo lo anterior se hace pertinente e indispensable un proceso de investigación académica que aborde la situación problemática expuesta con anterioridad, el cual permita unificar los avances, aportes, hallazgos y dicotomías epistémicas y jurídicas que configuran el escenario de la reparación integral a través de la acción de tutela, los cuales van más allá de los medios de control estipulados en la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, se aclara que el desarrollo del documento está distribuido en tres acápite o capítulos, el primero aborda tópicos como: la acción de tutela, la doctrina de reparación, indemnización y la subsidiariedad. El capítulo dos, denominado: la reparación en la acción de tutela, profundiza en las formas de reparación y el silencio de los jueces. Finalmente, en el capítulo tres se destaca las conclusiones y recomendaciones, para el desarrollo de futuras investigaciones que tengan relación con el objeto de estudio de esta investigación.

1. ¿LA ACCIÓN DE TUTELA ES UNA ACCIÓN RESARCITORIA?

“Los derechos de todos los hombres son disminuidos cuando los derechos de un hombre son amenazados”. Jhon F. Kennedy - Massachusetts, E.E.U.U.

A continuación, se presentarán aquellos contenidos doctrinales y epistémicos que configuran el escenario de la reparación de la acción de tutela como derecho articulado a la doctrina de la reparación; procurando dar respuesta al cuestionamiento sobre el hecho de que la tutela sea o no una acción resarcitoria.

Inicialmente conviene recordar que el componente constitucional que justifica la existencia de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos colombianos, y es tan amplio su campo de acción, que esta permite llegar a esferas de reparación, cuando un derecho fundamental está siendo vulnerado.

1.1 ¿PORQUE LA ACCIÓN DE TUTELA PODRÍA NO SER CONCEBIDA COMO UNA ACCIÓN RESARCITORIA?

La doctrina sustenta su negativa, en considerar que la acción de tutela tiene un procedimiento preferente y breve, por lo tanto, no es viable contemplar la reparación dentro de la acción constitucional: *“La tutela es en realidad una especie de medida cautelar, y en virtud de ella no puede precisarse en forma definitiva el problema jurídico que plante un hecho que eventualmente puede generar responsabilidad y su consecuente reparación de perjuicios”* (Yáñez, 2016).

Entre los más sobresalientes defensores de esta posición, se encuentra el investigador Obdulio Velásquez Posada, quien señala que la interpretación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, permite que el Juez de Tutela pueda incurrir en excesos

y ordenar indemnizaciones desbordantes frente a derechos abstractos e inmateriales (Velásquez, 2013).

De igual forma, el jurista Eduardo Montealegre Lynett en un salvamento de voto de la sentencia de la Corte Constitucional (T-1083, 2002), señaló que se deben agotar íntegramente todos los requisitos que ha estipulado la Corporación para que sea procedente la indemnización en abstracto para el daño emergente, no siendo admisible otra clase de daño.

Sumado a ello, se encontró también que existe una doctrina específica que considera que la acción de tutela no puede ser avalada como un mecanismo de reparación, para lo cual se haya el estudio realizado por Gilberto Martínez Rave, que considera que únicamente para la acción de tutela, se puede solicitar el pago del daño emergente quedan excluidas otras modalidades de perjuicios (Martínez, 1998). Sumado a este argumento, se señala que, lo regulado en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 es taxativo; es decir, que sólo puede condenarse en abstracto por el daño emergente, porque de no suceder de esta forma, el juez del incidente podría acceder a cualquier tipología de perjuicio (Martínez y Martínez, 2003). Otra autoridad que se suma respecto del rechazo de concebir la acción de tutela como mecanismo de reparación a partir del postulado del mencionado artículo, es el investigador Juan Manuel Charry, quien señala que:

(...) “toda actividad que causa un daño genera acción de responsabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa o la civil, por lo cual esta norma parecería inocua. Pero si se llegara a aplicar, constituiría una vía impropia para establecer la responsabilidad de las autoridades, en perjuicio de las jurisdicciones citadas que garantizan el debido proceso” (Charry, 1992).

Así mismo, la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, sin pretender afirmar que ha querido contradecirse, ha emitido pronunciamientos con la finalidad de evitar que se desborde la facultad de ordenar la indemnización en abstracto que tiene

el juez de tutela, argumentado a través de diversos pronunciamientos, que se deben cumplir los requisitos para que sea procedente (T-04 de 1994, SU-256 de 1996, T-465 de 2013). De hecho, ha estipulado la misma Corporación, que la facultad de ordenar en abstracto tiene carácter excepcional (T-529 de 2011).

De acuerdo con lo anterior, la acción de tutela es concebida como un mecanismo transitorio para la protección de los derechos humanos y justamente, cuando estos son vulnerados y ante la ausencia de otro medio de defensa judicial ágil, se puede invocar la citada acción constitucional. Cosa distinta, resulta con que los derechos humanos son objeto de reparación, sin que esto implique concebir la acción de tutela como un mecanismo resarcitorio.

Lo anterior, fue analizado a profundidad identificado que la acción de tutela no es un proceso para la reparación de daños, por cuanto:

- 1) la reparación en sede de tutela es inconstitucional,
- 2) la vulneración o amenaza de un derecho fundamental no tiene implicaciones económicas,
- 3) la celeridad del trámite es incompatible con un juicio de reparación,
- 4) la tutela no pretende la declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado o del particular
- 5) la acción de tutela es meramente preventiva, (Yáñez, 2016).

1.2 ¿POR QUÉ LA ACCIÓN DE TUTELA PUEDE SER CONCEBIDA COMO UNA ACCIÓN RESARCITORIA?

Pese a que dentro de la doctrina la naturaleza de la acción de tutela no es reparar en dinero, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 que establece que ante la vulneración de un derecho fundamental, el fallo de tutela ordenará su protección, la facultad de prevenir a la autoridad para que no vuelva incurrir en la misma conducta que dio origen a la infracción so pena de sanción y la posibilidad de ordenar

indemnización en abstracto en modalidad de daño emergente como también el pago de costas.

Según esto, el artículo 25 del citado decreto establece la indemnización de perjuicios en la acción de tutela, resultando oportuno señalar que la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad del mismo, esgrimió que su existencia se justifica en el artículo 90 de la Constitución Política, y por lo tanto, el objetivo principal de la indemnización es:

“reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente. Desde luego, no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales”
(C-543, 1992).

De acuerdo con el análisis jurídico emitido por la Corte Constitucional, se hace evidente que la indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 tiene sus raíces en el artículo 90 de la Constitución, indudablemente, la orden tutelar puede ordenar distintas modalidades de reparación, desde luego, una vez este acreditado el daño.

Por lo anteriormente señalado, dentro de la acción de tutela se puede concebir la reparación pecuniaria, dado que el artículo 25 del mencionado Decreto la considero taxativamente por del daño emergente. Así pues, la Corte Constitucional empezó a emitir pronunciamientos respecto a la interpretación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, concluyendo que a través de la acción de tutela se puede solicitar medidas de reparación, para lo cual la sentencia argumenta:

(...) En la acción de tutela se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente. Desde luego, no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales. A nuestro modo de ver, tiene razón uno de los demandantes cuando afirma que la condena en cuanto a indemnizaciones y costas sólo puede ser el resultado de un debido proceso, pero esta aseveración no lleva necesariamente a la inexequibilidad de la norma acusada, pues el proceso de tutela, si bien sumario y preferente, debe surtirse con plena observancia de las previsiones generales consagradas en el artículo 29 de la Constitución, de las cuales no ha sido ni podría haber sido excluido en cuanto se trata de un derecho fundamental. Si en un proceso específico tales requerimientos constitucionales se transgreden, tiene competencia el superior ante quien se impugne el fallo y, en su caso, esta Corporación, para revocar la correspondiente decisión judicial. (C-543, 1992).

Sin lugar a dudas, la mayor precursora de que la acción de tutela se pueda concebir como un mecanismo de reparación es la misma Corte Constitucional con sus pronunciamientos, de hecho, la compuerta que ha abierto es tan grande, que años atrás concluyó que la indemnización en abstracto comprende perjuicios de orden material y moral:

(...) Se puede ordenar en abstracto la indemnización del DAÑO EMERGENTE. No puede el juez de tutela ordenar la indemnización por lucro cesante, puesto que el artículo 25 expresamente se refiere al daño emergente, lo cual, según interpretación sistemática, excluye el lucro cesante. 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 complementado 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 (T-575, 1996)".

Posteriormente, a través de sus pronunciamientos ha señalado que es deber del juez analizar la forma en que se indemniza a la persona cuando su derecho fundamental ha sido violado:

(...) “corresponde al juez determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado. Cuando resulta imposible lograr el restablecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental violado -garantizar el ejercicio in natura-, el juez de tutela está en la obligación de disponer que se indemnice a la persona” (SU-544, 2001).

Ahora, en la doctrina, uno de los mayores defensores respecto de concebir la acción de tutela como mecanismo de reparación, es Juan Carlos Henao, señalando que lo regulado en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, permite reparar otros daños: *“se permite, pues, que a través del incidente se liquide no el daño emergente causado, sino todos aquellos que ha producido la acción o la omisión de la autoridad pública”* (Henao, 1993). De hecho, la doctrina reconoce que, gracias a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la figura jurídica consagrada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 ha tenido su evolución *“durante los últimos años la Corte Constitucional ha hecho un uso aleccionador de la figura, en tres escenarios evolutivos, que bien pueden ser desarrollados por los jueces de tutela en general”* (Quinche, 2011).

1.3 RAZONES POR LAS CUALES, PESE A QUE LA ACCIÓN DE TUTELA NO ES UNA ACCIÓN RESARCITORIA, A TRAVÉS DE ESTA SE PUEDEN ORDENAR DISTINTAS MODALIDADES DE REPARACIÓN

Lo anterior, no implica señalar que la acción de tutela se equipará a un proceso de reparación como ocurre con los medios de control regulados en la Ley 1437 de 2011. En primer lugar porque las acciones contenciosas buscan reparar daños ya consumados por entidades estatales, los mismos se desarrollan en términos judiciales más largos y las pretensiones que se plantean son de tipo económico; *contrario sensu*, la acción de tutela por su naturaleza pretende a toda costa que el daño no se ejecute dado que están

involucrados derechos fundamentales, el término judicial es perentorio, por lo tanto, no se puede realizar un juicio de responsabilidad y dado los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, vía acción constitucional se puede ordenar formas alternativas de reparación no pecuniarias, las cuales serán analizadas en los capítulos posteriores.

2. LA REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA

“El hombre que ha cometido un error y no lo repara comete otro error mayor”.

Confucio (551 AC-478 AC) Filósofo chino.

A continuación, se expone el edificio conceptual que configura el escenario de daño, la acreditación del principio de subsidiariedad o la consumación de un perjuicio irremediable, para llegar a las esferas de la reparación instituida dentro del marco de la acción de tutela, realizando una exposición detallada sobre las diferentes formas de reparación, dentro de las que se encuentra la indemnización en abstracto, la reparación pecuniaria, la reparación *in natura*, la rehabilitación, la reparación artística, la cesación del ilícito y la reparación transformadora, entre otros.

2.1 EL ORIGEN DEL DAÑO CONSTITUIDO POR LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Para llegar a concebir la solicitud de reparación en la acción de tutela ante la vulneración de derechos fundamentales, indudablemente, el actor constitucional debe acreditar el daño sufrido, y para el tópico que se ha venido desarrollando, el daño que se enuncia es el del derecho mismo en su carácter de indivisible, lo cual significa que cuando un derecho se lesiona, este no se puede fraccionar, es decir, no se le puede dar un tratamiento fragmentado atendiendo solamente a algunas características que lo configuran y haciendo caso omiso o ignorando las otras. Ahora bien, es importante agregar que los elementos del daño están constituidos por su carácter cierto, personal y lícito, los cuales ha acogido con rigurosidad la jurisprudencia del Consejo de Estado y serán detallados a continuación:

- *Carácter Cierto:* esta característica está relacionada con que el daño hubiera ocurrido y no sea hipotético, esto es, la certeza que se pueda apreciar material

y jurídicamente. Está íntimamente relacionado con el carácter de determinado, que sea tangible. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2019. Rad: 25000-23-26-000-2008-00509-01(40993).

- *Carácter Personal*: consiste básicamente que la persona que sufre el daño es la llamada a entablar la demanda y solicitar la indemnización por el daño sufrido. De hecho la jurisprudencia señala que puede ocurrir de manera directa o hereditaria. El doctor Juan Carlos Henao considera que: *“el daño es personal cuando quien demanda reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida”* (Henao, 1998).
- *Carácter Lícito*: consiste en que el daño recaiga sobre un bien o un derecho jurídicamente protegido. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2019. Rad: 25000-23-26-000-2008-00509-01(40993).

Pues bien, la definición de daño ha sido concebida por varios autores colombianos; entre los más sobresalientes, se encuentra el doctor F. Hinestrosa, quien afirma que el daño: *“es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la congoja”* (De Cupis y Martínez, 19.75)

Así mismo, para J. Tamayo Jaramillo, el daño se define de la siguiente manera: *“es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”* (Tamayo, 2007). Otros investigadores lo definen como: *“la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”* o de un sentido más profundo es definido como:

(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, tratase de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la acción judicial es objeto de reparación, si los otros elementos de la responsabilidad se encuentran (Henao, 2007).

(...)La Corte Constitucional en sus diversos pronunciamientos ha señalado que la noción de daño abarca las diferentes fuentes de responsabilidad, esto es, daño emergente, lucro cesante, daño moral. Así mismo, ha enfatizado que el concepto de daño, es tan amplio que puede albergar a los familiares de los directamente afectados ante una situación jurídica desfavorable y jurídicamente relevante (C-052, 2012).

Por su parte, el Consejo de Estado ha reiterado dentro de sus secciones que:

(...) El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección, Sentencia del doce (12) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01042(19835).

Asentando las definiciones al objeto de estudio de la presente investigación y dada la justificación de existencia de la tutela en los derechos fundamentales, se puede afirmar que en el instante en que una persona no puede gozar plenamente de sus derechos fundamentales, surge el daño.

La acción de tutela procede para proteger derechos fundamentales ante una vulneración que se de en el pasado, presente o futuro; y las tres eventualidades planteadas en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, no presentan mayores dificultades para detectarlas. Sin embargo, la ocurrencia del daño en cada una de estas, se puede presentar de distinta forma.

Es importante que cada persona, en condiciones normales, goza pacífica y plenamente de sus derechos, pero cuando estos sufren alguna alteración, entonces, surge un daño. Cuando el daño ha ocurrido en tiempo pasado, se puede concluir que la vulneración del derecho fundamental fue una lesión definitiva, esto es, que se recurre a la acción constitucional para evitar la vulneración de más derechos fundamentales. Contrario *sensu*, ocurre cuando la vulneración se está dando en tiempo presente,

entonces se configura como un daño cierto, esto es, que la pretensión de tutela está encaminada para hacer cesar el daño, lo que significa detener la vulneración del derecho. Finalmente, cuando se señala la vulneración de un derecho fundamental en futuro, el daño se presenta como una amenaza, lo que significa que se recurre a la acción de tutela para que el juez actúe ante la inminente lesión de derecho; lo que se denomina como perjuicio irremediable y que se analizará en el devenir de los siguientes acápite.

Finalmente, se tiene que el daño en la acción de tutela se presenta como la alteración del goce pacífico de los derechos fundamentales, esto es, debe ser un daño cierto y definitivo, así como lo afirma la doctrina: *“la postura que plantea la definición de daño es diferente: el daño existe desde el momento en el cual se altera su goce pacífico, y aun antes de que se inicie la consumación de su lesión”*(Henao, 2015); Y, dado que el daño es el primer requisito para analizar la reparación en la acción de tutela, una vez acreditada su ocurrencia, se analizan los siguientes elementos propios que ha especificado la Corte Constitucional para determinar la indemnización en la acción constitucional de tutela.

2.2 ACREDITACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD O LA EXISTENCIA DE LA AMENAZA DE LA CONSUMACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

Como ya se expuso con anterioridad, una vez acreditada la existencia del daño y con el fin de obtener la reparación en la acción de tutela, posteriormente, se debe examinar que en cada caso concreto el principio de subsidiariedad se evidencie.

Pues bien, el mencionado principio se encuentra consagrado dentro de las causales de improcedencia de la acción de tutela del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, determinado así: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio*

irremediable”. Del artículo se desprenden, dos eventualidades para la procedencia de la acción de tutela, a saber, que no exista otro medio judicial o que existiendo, no es efectivo para la protección de derechos fundamentales o se puede presentar otra circunstancia, y es que se agota la acción constitucional para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; la Corte Constitucional las ha señalado así:

(...) La primera; si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable. De tal forma, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para debatir el asunto. Entre tanto se resguardan sus derechos fundamentales (...)

La segunda. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinado por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante que pueden acrecentar la amenaza que pesa sobre los derechos de los que reclama el amparo (T- 533, 2016).

Ahora, como el objetivo central de esta investigación académica es lograr determinar las diferentes formas de reparación en la acción de tutela, indudablemente, cuando se alude la amenaza de consumación de un perjuicio irremediable puede albergar distintas y un mayor número de modalidades de reparación, y por lo tanto resulta pertinente detenerse sobre esta característica.

Para esto, la Corte Constitucional ha definido el perjuicio irremediable como:

(...) inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad (T-177, 2011).

La anterior definición permite concluir que cuando se arguye la existencia de un perjuicio irremediable en este caso, es porque se está presentando una amenaza, es decir, la eminencia de la lesión del derecho se está produciendo y por ello que se requiere la urgencia de intervención del juez de tutela con el fin de cesar la vulneración.

De la situación problemática se infiere que, una vez acreditado el daño en la acción de tutela se procede a determinar el principio de subsidiariedad; y esta resulta importante, porque permite garantizar que la acción de tutela no desplace los medios judiciales ordinarios en procura del: resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización de la administración de justicia, de las instituciones procesales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho (T-533, 2016).

A título de aclaración, este proceso de investigación y análisis doctrinal no tiene como objetivo profundizar respecto de los demás requisitos expuestos en la sentencia de unificación SU- 253 de 2013, para la procedencia de la indemnización en la acción de tutela, pues se reitera, que el objetivo principal es analizar las diferentes formas de reparación. Aunado a lo anterior, de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para decretar la indemnización en abstracto y con ello, las distintas formas de reparación, no se ha analizado si cada uno de los requisitos previamente enunciados se han agotado.

2.3 EL OBJETIVO DE LA REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIO DE RESTAURACIÓN DE LA SITUACIÓN DE VULNERACIÓN PADECIDA

La tutela tiene como objetivo prevenir, investigar, penalizar y reparar las violaciones de los derechos humanos, reconociendo a las víctimas y su derecho a la integridad; la finalidad de la reparación en la acción de tutela es restaurar, resarcir, rehabilitar, indemnizar, reparar y ofrecer garantías de no repetición. En algunos casos, también,

tiene como propósito brindar escenarios que posibiliten la reparación artística y la cesación del ilícito; lo cual será detallado en el devenir de los siguientes acápite. (Marino, 2005).

2.4 LAS FORMAS DE REPARACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA SEGÚN LAS ALTAS CORTES

La reparación únicamente no está concebida como indemnización pecuniaria, los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado en sede tutela y la Corte Constitucional, permite comprobar que, de acuerdo al daño sufrido sobre el derecho fundamental lesionado, pueden surgir distintas formas de reparar.

Sin lugar a dudas, esta investigación inicia teniendo como punto de partida el estudio desarrollado por J. Henao, en el cual abordó las modalidades de la reparación que se pueden presentar en las acciones contencioso-administrativa, en los procesos de la jurisdicción ordinaria y en las acciones constitucionales de tutela y popular.

Ahora bien, los casos jurisprudenciales que serán desarrollados, demostraran que si bien las reparaciones más usuales son la pecuniaria y la reparación en especie; no son los únicos, pues existen casos en sede de tutela en los que se ha ordenado reparaciones simbólicas y reparaciones preventivas del daño; indistintamente de la modalidad de reparación que se utilice en la acción de tutela, lo relevante es lograr resarcir de alguna forma el daño ocasionado. (Henao, 2015).

La diferencia fundamental entre reparación pecuniaria y la reparación *in natura*, es que una se tasa en dinero y la otra, no involucra peso. La reparación pecuniaria, es básicamente, determinar el daño y calcular su valor en dinero, *contrario sensu*, la reparación *in natura*, permite abarcar nuevas modalidades, innovar, impregnar en esferas políticas, lo que se traduce en creación de leyes de orden general.

2.4.1 Indemnización en abstracto

La indemnización en abstracto es la forma de reparación en la acción de tutela por excelencia, dado que está consagrada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, y consiste en que el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago del daño emergente.

Resulta oportuno precisar que la indemnización en abstracto es ordenada por el juez de tutela y corresponde al juez de lo contencioso o de la jurisdicción ordinaria, la liquidación o cuantificación del daño emergente; es por ello, que el juez de la tutela simplemente emite la orden y mediante incidente regulado en los artículos 127 y 128 del Código General del Proceso se tramita y se decide. Así mismo, se tiene que la definición de daño emergente está consagrada en el artículo 1614 del Código Civil *“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 la jurisprudencia del Consejo de Estado lo ha definido como: *“que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima”* (sentencia 13168, 2016) -Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación número 13168, con ponencia del Doctor M. Fajardo Gómez).

Ahora bien, teniendo en cuenta la complejidad del escenario jurisprudencial, legal y normativo que estructuran el tópico de las modalidades de reparación, se hace pertinente e inexorable la tarea de traer a colación aquellos casos que desde la realidad y la cotidianidad han desarrollado estos contenidos; para empezar, se evoca a manera de ejemplo el caso de la Organización *“Etnias Vivas”* –familias desplazadas- interpuso acción de tutela contra la Alcaldía de Villavicencio. Básicamente, porque la entidad les otorgó un predio para que pudieran vivir; sin embargo, producto de un proceso de restitución de bien inmueble tuvieron que desalojarlo, volviendo de nuevo a una situación de desplazamiento. La Corte Constitucional, analizó la actuación desplegada de la organización, pues desde que se enteraron del proceso judicial, solicitaron en

varias oportunidades un lugar para ser reubicados, sin recibir ayuda, respuesta o solución alguna por parte de la Alcaldía.

El Alto Tribunal consideró que en el caso concreto se cumplieron con los requisitos que fuera procedente la indemnización en abstracto, particularmente, porque:

“(i) los derechos de la comunidad fueron desconocidos a pesar de las continuas gestiones adelantadas por los mismos para que fueran ubicados de manera definitiva;

(ii) que dichas entidades omitieron efectuar gestiones ante las entidades del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada SNAIPD, lo que impidió que el acceso a los beneficios mínimos que pueden favorecer a la población desplazada por la violencia

(iii) que se hace necesario equilibrar las cargas existentes entre el arrendador y los arrendatarios, quienes se afectaron con la inactividad de las autoridades públicas mencionadas”. (T-665 de 2011)

Por consiguiente, en el asunto *sub examine* la indemnización en abstracto se materializó, porque la Corte Constitucional en sede de Revisión, analizó que se cumplía a cabalidad los presupuestos para otorgarla de conformidad con lo regulado en el Decreto 2591 de 1991. Ello fue tan contundente, que la orden impuesta fue el reconocimiento y pago del daño emergente al que incurrieron los miembros de la mencionada agrupación.

2.4.2 Reparación pecuniaria

La reparación pecuniaria se define como la: *"asignación de una suma de dinero, daños-intereses o indemnización delictual. Esta indemnización pecuniaria puede consistir tanto en un capital pagado en un solo contado, como en una renta"* (Carbonnier, 2004). Ahora bien, es importante hacer la salvedad de que la reparación pecuniaria no puede ser considerada como un sinónimo de daño emergente, debido a que este último no involucra únicamente el dinero de los daños, y además está relacionado con lo que sale del patrimonio del afectado, como son los gastos en los cuales se incurre por el daño;

en definitiva también es importante aclarar que el daño emergente configura una estructura más amplia, variopinta y compleja respecto a la de reparación pecuniaria.

Otros investigadores como Roujou de Boubée, a través de un argumento que también fue abordado por Cormier, afirma que: *“la reparación pecuniaria procura a la víctima una suma de dinero que representa la conversión del daño en unidades monetarias”*. (de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, cit., p. 262.)

Ahora bien, se debe entender cuando se habla de unidades monetarias que estas son "otorgadas, ora en un solo contado (pago de un capital), lo que es más frecuente, ora (en ciertos casos de daños corporales) bajo la forma de una renta vitalicia o temporal, pagadera (por ejemplo) anualmente. Tal es la reparación llamada 'por equivalente'". Entonces, se tiene que la indemnización pecuniaria es el equivalente a la reparación en valor económico, contrario ocurre, cuando se está ante una reparación *in natura*, pues esta última no implica equivalente en moneda. Cuando se da la forma de reparación pecuniaria, que es la más usual, simplemente se limita a identificar el daño en el derecho fundamental en la persona y se tipifica la suma dineraria equivalente al daño sufrido.

A manera de ilustración se cita el caso en el que la accionante es madre cabeza de hogar, de escasos recursos económicos y por ello, está afiliada al sistema de salud mediante el Sisben. A consecuencia de su padecimiento estomacal, el médico tratante le ordenó la cirugía denominada colecistectomía.

Por su parte, el Hospital Universitario de Neiva le informa a la actora que debe asumir el 10% del valor de la cirugía, esto es, \$170.000; sin embargo, la accionante no cuenta con el dinero para cubrir dicho costo. Motivo por el cual entabla la acción de tutela en cuestión.

La Corte Constitucional, después de analizar la clasificación de los beneficiarios del Sisben y de recordar la preponderancia que tienen las madres cabeza de hogar; concluyó que de acuerdo a la situación particular de la accionante, no es dable exigirle el porcentaje del pago para la cirugía ordenada.

En Conclusión, la Corte Constitucional, emite una orden a la Secretaría de Salud Departamental y a la Alcaldía de Neiva y ordena, como una medida de reparación pecuniaria, que paguen el 100% del valor de la cirugía de “Colecistectomía” programada a la actora. (T-564, 2004).

2.4.3 Reparación *in natura*

En cuanto a la reparación *in natura*, su definición ha sido estructurada como la: “*ausencia de una condena pecuniaria al responsable*” (Henao, 2015) y dicha concepción permite el surgimiento de distintas modalidades de reparación, analizar el daño en el derecho fundamental desde distintas aristas e involucrar dentro de la reparación no solo a la víctima directa, sino también al núcleo familiar que la compone.

La Corte Constitucional según sentencia C-370 de 2000 argumentó que, dentro de este contexto, la reparación:

- i) Incluye todas las acciones necesarias y conducentes a hacer desaparecer, en la medida en que ello sea posible, los efectos del delito;
- ii) Al igual que el concepto de víctima, tiene una dimensión tanto individual como colectiva;
- iii) No se agota en su perspectiva puramente económica, sino que tiene diversas manifestaciones tanto materiales como simbólicas;
- iv) Es una responsabilidad que atañe principalmente a los perpetradores de los delitos que dan lugar a ella, pero también al Estado, particularmente en lo relacionado con algunos de sus componentes.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta forma de reparar es denominada como medidas de reparación no pecuniaria (Consejo de Estado. Sentencia radicado 2076626 73001-23-31-000-2001-02244-01, 2015).

Ahora bien, dejando en claro que la reparación *in natura* está configurada por otras formas de reparación no económica, sea aclara que dentro de esta se encuentran las medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, garantías de no repetición, y otras formas de reparar novedosas desarrolladas por la jurisprudencia, las cuales serán desarrolladas a continuación.

2.4.3.1 La aplicación de medidas de satisfacción en sede de la acción de tutela

La noción de definición de las medidas de satisfacción se encuentra en la Resolución No. 56/83 de 2002, “*Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*”, clasificó las medidas de satisfacción de la siguiente manera:

Artículo 37: Satisfacción

1. El Estado es responsable de un hecho internacionalmente ilícito y está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable. (Asamblea General de las Naciones Unidas en artículo 37 Resolución No. 56/83, 2002).

En Colombia esta forma de reparación, ha tenido su máxima expresión en el contexto de las víctimas del conflicto armado interno comprendido desde el año 1985, particularmente, la Ley 1448 de 2011 las consagró con la finalidad de generar en las

víctimas “*bienestar y contribuyen a mitigar el dolor*” y el artículo 139 establece como medidas de satisfacción las siguientes:

- a. Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor;
- b. Efectuar las publicaciones a que haya lugar relacionadas con el literal anterior.
- c. Realización de actos conmemorativos;
- d. Realización de reconocimientos públicos;
- e. Realización de homenajes públicos;
- f. Construcción de monumentos públicos en perspectiva de reparación y reconciliación;
- g. Apoyo para la reconstrucción del movimiento y tejido social de las comunidades campesinas, especialmente de las mujeres.
- h. Difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó, siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad;
- i. Contribuir en la búsqueda de los desaparecidos y colaborar para la identificación de cadáveres y su inhumación posterior, según las tradiciones familiares y comunitarias, a través de las entidades competentes para tal fin;
- j. Difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad hechas por los victimarios;
- k. Investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.
- l. Reconocimiento público de la responsabilidad de los autores de las violaciones de derechos humanos.

Básicamente, dichas medidas buscan resarcir el dolor de las víctimas, mediante la reconstrucción de la verdad, difundir la memoria histórica entre los ciudadanos y la dignidad que cada víctima representa; entendiendo que esta forma de reparación está

configurada por un componente emocional, memorístico, simbólico y por consiguiente, humano.

El Consejo de Estado ha clasificado las subclases que se encuentra en la forma de reparación de satisfacción:

La Satisfacción puede ser resumida en tres dimensiones:

La obligación de modificar la legislación o las prácticas que ofendan a las víctimas y en todo caso investigar los abusos cometidos en el pasado; la ejecución de medidas que busquen el reconocimiento o aceptación de responsabilidad; y por último, las medidas necesarias para llevar a cabo la reintegración de las víctimas en la sociedad restaurándoles su dignidad, su reputación y sus derechos. (C.E., Sección Tercera, Sala Plena, 28 de agosto de 2014, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero).

Para ilustrar este escenario se trae a colación un caso de un accionante quien tenía 19 años de edad para la época de los hechos, siendo diagnosticado con cáncer en los huesos. A consecuencia de que los tratamientos médicos para sobrellevar su patología no tuvieron una respuesta favorable, tuvo que someterse a una intervención quirúrgica que conllevó a la amputación de su extremidad inferior izquierda.

La característica sobresaliente del asunto en concreto, es que el actor profesaba la religión católica y su deseo, era que su miembro fuera enterrado en un campo santo. Por tal razón, le solicitó a la Clínica de las Américas, a la Dirección de Salud de Antioquia y a la Secretaría de Salud de Medellín, que le entregaran su miembro; obteniendo respuesta desfavorable, dado que de acuerdo con el Decreto 4741 de 2005, el manejo interhospitalario es la incineración, pues este tipo de residuos no se puede entregar a particulares.

En sede de Revisión, la Corte Constitucional emitió auto de pruebas y logró constatar que el miembro inferior ya había sido sometido a incineración. De igual

forma, después de analizar la evolución jurisprudencial del derecho a la libertad de conciencia y religión, y de la carencia actual de objeto, concluyó que pese a que no existe disposición legal para el amparo del derecho a la libertad de conciencia, el juez de primera instancia debió emitir una decisión, invocando la excepción por inconstitucionalidad que disponía la incineración de la extremidad y buscar una armonía entre el derecho a la libertad y la protección de la salubridad pública. Resaltó que el actuar de las entidades accionadas, desconocieron flagrantemente, el derecho de conciencia del actor constitucional.

En conclusión, la Sala de Revisión declaró la carencia actual de objeto por daño consumado y ordenó la protección del derecho fundamental a la libertad de conciencia, y en consecuencia, le ofrezcan disculpas al accionante, en una ceremonia pública por la decisión que adoptaron frente a la petición de no entregarle su miembro inferior. (T-507-2016).

Por consiguiente, la forma de reparación de satisfacción se materializa en las disculpas públicas, dado que ya se había presentado la vulneración del derecho fundamental y la Corte Constitucional, consideró que dicha forma de reparar, era la única de resarcir el daño sufrido por el actor.

2.4.3.2 La aplicación de medidas de rehabilitación

La forma de reparación conocida como medidas de rehabilitación, está enfocada en reparar los daños físicos y de salud que sufren las víctimas, principalmente, aquellas personas que han sufrido grandes violaciones de sus Derechos Humanos (ONU en Comisión de Derechos Humanos. Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Doc. E/CN.4/ Sub.2/1997/20/rev.1, Art. 33).

La rehabilitación es definida por la OMS como: *“la aplicación combinada de medidas médicas, sociales, educativas y profesionales para preparar o readaptar al*

individuo con objeto de que alcance la mayor proporción posible de capacidad funcional.” (OMS, 1968) Segundo Informe de su Comité Experto en Rehabilitación Médica.

En el Derecho Internacional la rehabilitación se entiende como la obligatoriedad de reparar a una persona que ha sufrido una violación a sus derechos humanos o humanitarios, esta reparación incluye atención física, psicológica, así como también servicios físicos y legales. El derecho a la rehabilitación está instituido en los principios básicos humanitarios los cuales abordan un plano superior al de la salud.

Otros autores afirman que el objetivo de la rehabilitación, es desarrollar un proceso de restitución integral que aborde el campo físico y mental para poder resarcir aquello que se ha perdido; logrando la máxima aptitud física y psicológica para lo cual se guía no solamente al individuo que ha sido víctima, si no también, a la familia, a la comunidad local y a la sociedad como un todo (Shelton D., 2009).

Un claro ejemplo de ello es un caso en el que la actora constitucional y su hijo menor de edad, sufrió por siete años esclavitud doméstica y violaciones sexuales a causa del grupo delincuencia naco-paramilitar “águilas negras”, lo cual le dejó afectaciones de tipo psicológicas, físicas y reproductivas. Particularmente, la situación de abuso, esclavitud y atropello le dejó a la mujer un sangrado permanente, que la obliga a usar toallas higiénicas todos los días y al menor de edad, incontinencia fecal y urinaria que lo obliga a usar pañal.

La Corte Constitucional, luego de un extenso recuento normativo internacional y nacional, y de jurisprudencia, concluyó que los diferentes programas que ofrecen las entidades a mujeres víctimas del conflicto armado, como la Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, la ayuda psicológica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el sistema POS de la Nueva EPS la cual estaba afiliada la accionante, son insuficientes, en razón a que no brindan un trato diferencial

para personas que han sufrido profundas afectaciones a sus derechos humanos y que necesitan tratamiento psicológico y psicosocial profundo.

Y es por lo anterior, que la Corte Constitucional emitió una serie de órdenes tendiente a rehabilitar la salud física y psicológica de los accionantes:

Segundo. - Ordenar a la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas que, diseñe un plan y adopte medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, incluyendo dentro del mismo, la prestación del servicio en salud mental de acuerdo con lo establecido en el Programa PAPSIVI, en favor de la señora Celia y su hijo. De igual manera, se debe tener en cuenta que la prestación del servicio médico en salud, deberá tener un enfoque diferencial de género y edad con base en las necesidades de los accionantes.

Tercero - Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que a costa de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas remita el tratamiento del niño CEMM a la institución Franklin Delano Roosevelt.

Cuarto - Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que a costa de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas remita al niño CEMM a PROFAMILIA para su tratamiento especializado”. (T-418, 2015).

2.4.3.3 El uso de garantías de no repetición

La noción de garantías de no repetición encuentra su primera visión en la Resolución No. 56/83 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” expedida por las Naciones Unidas la cual clasificó las medidas de no repetición de la siguiente manera:

“Artículo 30: Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”. (Asamblea General de las Naciones Unidas Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos Resolución No. 56/83, artículo 30 del 2002).

El desarrollo de las garantías de no repetición también ha tenido su auge en las víctimas del conflicto armado y como su nombre lo señala, simplemente, persigue que el hecho generador del daño no se vuelva a repetir. De acuerdo con la Ley 1448 de 2011, en su artículo 149, las mismas están concebidas, principalmente, en la socialización de la verdad judicial, la pedagogía social en Derechos Humanos y la eliminación de patrones culturales, entre otras.

Según un pronunciamiento de la Corte Constitucional la finalidad de las medidas de no repetición está encaminadas a que las conductas que lesionaron los derechos de la víctima no se vuelvan a repetir:

(...) La garantía de no repetición está compuesta por todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las que deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa. La garantía de no repetición está directamente relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los DDHH, que comprende la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos. En particular, se han identificado los siguientes contenidos de esta obligación:

- (i) reconocer a nivel interno los derechos y ofrecer garantías de igualdad;
- (ii) diseñar y poner en marcha estrategias y políticas de prevención integral;
- (iii) implementar programas de educación y divulgación dirigidos a eliminar los patrones de violencia y vulneración de derechos, e informar sobre los derechos, sus mecanismos de protección y las consecuencias de su infracción;

(iv) introducir programas y promover prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias de violaciones a los DDHH, así como fortalecer las instituciones con funciones en la materia;

(v) destinar recursos suficientes para apoyar la labor de prevención;

(vi) adoptar medidas para erradicar los factores de riesgo, lo que incluye el diseño e implementación de instrumentos para facilitar la identificación y notificación de los factores y eventos de riesgo de violación;

(vii) tomar medidas de prevención específica en casos en los que se detecte que un grupo de personas está en riesgo de que sus derechos sean vulnerados. (T-418, 2015).

Ahora bien, siendo menester ejemplificar el escenario de garantías de no repetición se trae a citación un caso en el que una actora constitucional perteneciente a una población étnica y de la tercera edad, refiere que para la anualidad de 1996 adquirió un predio en la vereda de San Joaquín del Municipio de Puerto Leguizamo en el Departamento del Putumayo, zona de conflicto armado.

Con ocasión de que la situación pública empeoró en dicho lugar, tuvo que desplazarse, inicialmente, hacia Florencia-Caquetá y posteriormente, a Bogotá-Cundinamarca; para el año 2004 fue incluida en el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados (RUPTA).

Elevó sendas peticiones, solicitándole a la Unidad de Tierras la restitución de su bien inmueble, obteniendo respuesta negativa.

La Corte Constitucional después de analizar toda la normatividad del derecho de restitución de tierras, en la Constitución, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que la restitución es un componente del derecho de reparación de la víctimas de violaciones de Derechos Humanos, Emitiendo una orden de reparación en modalidad de garantía de no repetición, concretamente, ordenó a la Unidad de Restitución de Tierras emitir

una respuesta a la solicitud presentada por la accionante, así mismo, ordenó revisar periódicamente dicha reclamación para verificar el fundamento de la negativa de microfocalizar el predio. Adicionalmente, impartió que la Unidad de Tierras, dentro de los 6 meses siguientes, elabore un plan estratégico de restitución de tierras, con el fin de que: *“determine los plazos concretos para, por una parte, microfocalizar o no los inmuebles objeto de controversia, y, por otra, resolver todas las reclamaciones de tierras, a nivel nacional, en un tiempo que no podrá ser mayor a los 10 años previstos en la Ley 1448 de 2011”*, lo anterior, con el fin de que una situación a la expuesta por la actora, no se vuelva a repetir. (T- 679, 2015).

2.4.3.4 Otras formas de reparación contemporáneas - in natura- desarrolladas por la jurisprudencia

Los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, han desarrollado otras formas de reparación, que en su mayoría no han impregnado la acción de tutela, pero que, merecen ser mencionadas dado el objeto de la presente investigación.

Como primera forma de reparación, encontramos la reparación artística relacionada con la creatividad, es decir, se concreta en escenarios de cultura y de creación; cuyo objetivo principal es lograr la reconciliación. En las sentencias emitidas por el Consejo de Estado, en asuntos de reparación directa, esta modalidad de reparación se concreta en órdenes relacionadas con la música, el teatro y las diversas manifestaciones del arte, que busca nutrir los lazos de comunidades colectivas y lograr que entre las personas se dé una sanación, cuando el daño ha sido colectivo.

Otra forma de reparación, desarrollada en la doctrina y encontrada, en contados casos en sentencias de la Corte Constitucional, es la cesación del ilícito. Se concreta, cuando se está en presencia de *“un daño continuado, que se presenta durante la alteración del goce pacífico sin que haya iniciado la lesión definitiva del derecho, o*

cuando está ya ha tenido inicio, pero no ha culminado” (Henao, 2015) y es por ello, que esta forma de reparación busca detener la vulneración del derecho.

Para ilustrar esta situación se trae a memoria un caso analizado por la Corte Constitucional en el que se conoció de un accionante que expuso junto con su familia el haber sido víctima de olas invernales durante el año 2005, siendo su vivienda completamente destruida; y por esta razón, mediante Decreto Presidencial No. 1012 del 4 de abril del 2005 se declaró la existencia de desastre en algunos municipios de Santander.

Por lo anterior, el accionante debió trasladarse a un asentamiento que quedaba ubicado cerca de empresas que generaban una serie de contaminaciones que afectan la salud de su núcleo familiar. Resalta, que fue favorecido de un sorteo de vivienda realizado por la Alcaldía de San Juan Girón y le fue asignada en el sorteo, la casa número 6 manzana C bloque 20.

La Corte Constitucional con fundamento en la naturaleza del derecho a una vivienda digna y los deberes del Estado frente a las personas víctimas de desastres naturales, y al analizar que el accionante había realizado todos los trámites administrativos para ser beneficiario de una vivienda digna conforme a lo regulado por el Gobierno Nacional y dada la situación de extrema vulnerabilidad, emitió la siguiente orden con el fin de cesar la situación de desamparo en la que se encontraba:

Segundo: Ordenar al Fondo Nacional de Vivienda, Fonvivienda, del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, a través del respectivo representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, prorrogue la vigencia del subsidio ampliado mediante Resolución N° 2772 de diciembre 30 de 2010, hasta que la Alcaldía Municipal de San Juan Girón le entregue la vivienda que le corresponde al actor César Javier Garcés Rodríguez.

Tercero: Ordenar al Alcalde del municipio San Juan Girón, Santander, que en el término de dos (2) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, si aún no lo hubiere hecho, entregue de manera definitiva al señor César Javier Garcés Rodríguez, una vivienda en ese municipio, de características iguales o superiores a las pactadas en el contrato con él suscrito en el año 2006, modificado mediante el contrato de construcción N° 1534 de junio 10 de 2010 (T-009, 2012)

3. LA REALIDAD JURÍDICA DE LA REPARACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

“El problema de los colombianos es que no tenemos una conciencia colectiva, tenemos una posición cómoda e individual ante la vida, este país se escandaliza porque uno dice hijueputa en televisión, pero no se escandaliza cuando hay niños limpiando vidrios y pidiendo limosna, eso sí no... jeso es folklore!”

Jaime Garzón. Abogado, periodista, mediador de paz y mártir colombiano.

3.1 EL SILENCIO DE LOS JUECES DE TUTELA PARA DECRETAR LA INDEMNIZACIÓN EN ABSTRACTO Y LAS DIFERENTES FORMAS DE REPARACIÓN

Con los casos citados en el acápite anterior, se evidencia que las diferentes formas de reparación concebidas en la acción de tutela son ordenadas, principalmente, por la Corte Constitucional. Prueba de ello es que, recurriendo simplemente a los motores de búsqueda de las páginas oficiales de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se encuentra que el resultado es nulo, situación que se repite haciendo el mismo ejercicio en otros escenarios; tan solo la Corte Suprema de Justicia arrojó un resultado en una providencia que hace mención a la indemnización en abstracto (Sala de Casación Penal -Sala de decisión de tutela con número de proceso 4045 id 510071).

Por consiguiente, se entiende por el silencio de los jueces de tutela aquellas acciones, situaciones y/o escenarios en los cuales, los jueces no condenan a la parte responsable de una acción u omisión vulnerante, debido al temor que genera en la praxis judicial una orden que involucre presupuesto estatal, un desarrollo logístico oneroso o la articulación de distintas instituciones, debido a que en algunos casos emitir una orden dineraria u otra clase de forma de reparación, podría generar a posterioridad un escándalo social y/o mediático.

3.2 LA MATERIALIZACIÓN DE LA REPARACIÓN COMO DEPENDIENTE DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR EL JUEZ

Se entiende por materialización, cuando una vez emitida la orden que involucra una forma de reparación, entra a actuar el juez encargado de la tasación de perjuicios, de conformidad con lo regulado en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991:

(...) 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. (p.1)

De lo anterior se infiere, que una vez el juez de tutela profiere el fallo debe remitir al juez competente para el trámite incidental de perjuicios, a lo cual la Corte Constitucional ha señalado que:

“(...) Por todo lo anterior, para la Sala resulta claro que la interpretación que debe dársele al artículo 25 del decreto 2591 de 1991, es aquella en la cual una vez el juez de tutela ha ordenado la liquidación de los perjuicios, debe remitir el expediente al juez competente, quien debe iniciar de oficio el incidente para determinar el monto de la liquidación y resolverlo en no más de seis meses después de haberlo recibido. Para la Sala no cabe duda que cuando la norma hace alusión a que la liquidación “se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente”, hace referencia a que cuando la liquidación se ordena contra el Estado la misma se hará frente a los jueces administrativos y cuando es contra particulares es el juez de primera instancia. Por tanto, la interpretación de la norma que hizo el Juez Primero Civil de Cartagena no se ajusta ni a la Constitución, ni a los parámetros que la jurisprudencia constitucional ha señalado para la actuación del juez de tutela. Siendo esto así, corresponde a la Sala entrar a determinar si esta interpretación y aplicación errada de la norma se configura en alguna de las hipótesis de vía de hecho (T-1029, 2010).

Entonces, de acuerdo con el pronunciamiento citado, se tiene que el Juez del incidente tiene un término de seis meses para tramitar los perjuicios ordenados en el

fallo de tutela. Ahora, resulta oportuno, mencionar que la jurisprudencia constitucional, previo a dicho término de seis meses, ha creado un término de diez días para que el juez de inicio al incidente.

Para aclarar las condiciones anteriormente expuestas, se traen a colación dos casos dirimidos en sede de revisión de la Corte Constitucional, en los cuales las sentencias aparte de ordenar al juez del incidente el término de seis meses para resolverlo, le concede 10 días para ordenar su inicio:

“(…) La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito administrativo de Cúcuta –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 del circuito administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho” (T-209, 2008)

QUINTO. - CONDENAR en abstracto al periódico Q’hubo, a pagar y reparar integralmente los perjuicios morales causados a la niña BB, por la violación de sus derechos fundamentales a la intimidad y a la honra. Se dará en consecuencia aplicación al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose la reparación integral de los perjuicios sufridos por la menor de edad.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez de primera instancia (Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de “FF”, Tolima), por trámite incidental que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del expediente del proceso de tutela, y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses siguientes (T-200, 2018)

En efecto, el juez encargado del incidente de perjuicios tiene regulado un término de creación jurisprudencial de diez (10) días para dar inicio al trámite incidental y seis (6) meses para decidirlo. Bajo dicho contexto jurídico, el accionante beneficiario de la orden de reparación, tiene a su favor que tanto la Ley como la Jurisprudencia ha

estipulado un término para que su forma de reparación se haga realidad y con ella, se materialice su resarcimiento.

Es por ello, que todas las actuaciones procesales acaecidas durante el incidente de liquidación de perjuicios concretan, hacen realidad y materializa la justicia, para la víctima de derechos fundamentales, lo cual se espera que se haga de manera ágil y oportuna.

3.3 LA AMENAZA O VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DA LUGAR A LA REPARACIÓN

Como ya se dijo anteriormente, uno de los requisitos relevantes para lograr la reparación en la acción de tutela es la existencia de un daño en un derecho fundamental, pero ¿qué sucede cuando el derecho fundamental no ha sufrido un daño, esto es, cuando más específicamente, este se encuentra en un escenario de una amenaza de padecerlo?

La respuesta a lo anterior, ha sido emitida por la Corte Constitucional cuando señaló: *“la existencia actual de daño o amenaza a un derecho fundamental, es requisito indispensable para que prospere la tutela”* (T-403, 2008). Lo cual significa que la sola amenaza, intimidación, admonición, riesgo o ultimátum, pueden ser motivos para que una acción de tutela prospere y se pueda proceder a una reparación.

Así mismo ocurre cuando se genera un escenario de incertidumbre respecto a un hecho superado, pese a que la situación de vulneración del derecho fundamental desapareció durante el trámite tutelar, ello no implica que no se pueda ordenar la indemnización en abstracto u otra forma de reparación, pues de acuerdo con las facultades del juez de tutela y del caso concreto, a este le corresponde:

“(…) determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado. Cuando resulta imposible lograr el restablecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental

violado -garantizar el ejercicio *in natura*-, el juez de tutela está en la obligación de disponer que se indemnice a la persona” (SU-544, 2001).

Tomando fuerza lo anterior, la Corte Constitucional señaló que cuando se configure el hecho superado, se puede analizar la pretensión de indemnizar:

Si bien la Corte reitera que cuando se trata de un hecho superado no hay lugar a tutelar el derecho violado por carencia de objeto, por las especiales circunstancias del presente caso, y dado que está demostrado que se causaron perjuicios, se tutelarán los derechos fundamentales violados (T-257, 2002)

Igualmente, en representación de la doctrina, José Vicente Barreto, señaló frente al hecho superado en correlación con la indemnización de perjuicios que lo que ocurre es:

“(…) Lo que cesa es la actuación impugnada pero no la actuación del juez de tutela. Es cierto que debido a tal interrupción, el juez puede denegar la tutela, por carencia de objeto, ya que si la situación ha sido corregida de manera favorable al solicitante “obviamente no tendrá sentido conceder la tutela para impartir la orden de que se produzca un hecho que ya sucedió, pero que quedan los efectos en relación con los perjuicios ya causados” (Barreto, 1997).

En definitiva, se entiende que en los casos donde el derecho fundamental tan solo se encuentre en estado de amenaza o su vulneración haya cesado durante el término judicial de 10 días, aun así, el accionante puede solicitar la indemnización en abstracto u otra forma de resarcir el daño sufrido, recibiendo los beneficios como si fácticamente hubiese sido víctima del daño.

CONCLUSIONES

“No es matando guerrilleros o policías o soldados como parecen creer algunos que vamos a salvar a Colombia, es matando la pobreza, hambre, la ignorancia, el fanatismo político ideología como puede salvarse un país”

Héctor Abad Gómez, luchador de los derechos humanos, especialista en salud pública, asesinado por sus denuncias contra grupos paramilitares, quienes venían cometiendo crímenes selectivos de líderes sociales, tanto en Antioquia como en toda Colombia.

Es de recordar que la acción de tutela, es un mecanismo constitucional, al cual puede acceder cualquier ciudadano colombiano cuando en su sentir, considera que un derecho fundamental está siendo vulnerado. Su gran auge y relevancia se debe, precisamente, a que por su trámite preferente se han emitido distintas órdenes que han impregnado diversos escenarios de poder; dentro de las acciones más frecuentes se encuentran: órdenes de salud, pensión, fuerzas militares, solicitudes a grandes empresas del derecho privado, quejas de estudiantes, tragedias de desplazados, situaciones de presos, alcance de la libertad de información y derechos vulnerados de trabajadores. Por este motivo, algunos estudiosos del tema consideran que el principal aporte de esta figura radica en que la tutela: *“es el mecanismo que dio a conocer masivamente la Carta Política y la acercó, como ninguna otra en la historia, a todos los colombianos”* (Bustamante, 2011).

“Ahora bien, respecto al tópico de la justificación de la existencia de la acción de tutela, este instrumento representa en primera medida la protección inmediata de los derechos fundamentales; sin embargo, de acuerdo con lo regulado en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y a los pronunciamientos que ha emitido la Corte Constitucional cuando señala que la indemnización en abstracto contempla perjuicios morales y materiales, es importante aclarar que la tutela también se puede considerar como una acción resarcitoria. Sobre este punto en específico, es necesario recordar que el daño

debe radicar en los derechos fundamentales que se invoca en la acción de tutela, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el mismo debe tener la connotación de ostensible” (T- 622, 2011 / T-529,2011).

De acuerdo con el anterior pronunciamiento y en consonancia con los citados en cada uno de los capítulos precedentes, se logró demostrar que la acción de tutela no se asemeja a un proceso de reparación como sucede con los medios de control regulados en la Ley 1437 de 2011; y pese a ello, se puede ordenar diferentes modalidades de reparación. Pues si bien es cierto, la reparación únicamente se da por violaciones consumadas, también lo es, que la acción constitucional busca evitar que el perjuicio ocurra y cuando ocurre el daño, se acude a diferentes formas de reparación para resarcir la vulneración del derecho fundamental.

Siendo así, se concluye que la ruta para lograr que la acción de tutela se pueda considerar como mecanismo de reparación, inicialmente, tiene que esté probado que el daño recaiga sobre derechos fundamentales. Como segundo requisito indispensable, es la acreditación del principio de subsidiariedad, regulado en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, o la existencia de la amenaza de la consumación de un perjuicio irremediable, acreditados cualquiera de las dos eventualidades, para lo cual sería procedente analizar, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la indemnización en abstracto.

En conclusión, el juez de tutela puede condenar a una indemnización en abstracto, que corresponda al daño emergente ocasionado con motivo de la vulneración de los derechos fundamentales en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, siempre que:

- (i) la tutela se conceda

(ii) no se cuente con un medio de defensa judicial específico en el cual se pueda pedir el resarcimiento de los perjuicios respectivos

(iii) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción indiscutiblemente arbitraria (T-1090, 2005).

Ahora bien, se hace pertinente resaltar que, los dos requisitos señalados anteriormente, esto es, principio de subsidiariedad o la configuración de un perjuicio irremediable, se mencionan porque de acuerdo con los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, al momento de analizar la indemnización en abstracto, son los únicos que toma en cuenta. De hecho, ni siquiera hace un análisis minucioso sobre el agotamiento de todos los requisitos enlistados en la sentencia de unificación SU-254 de 2013. Sumado a ello, se evidenció que las indemnizaciones en abstracto ordenadas por la Corte Constitucional, en su mayoría fueron decretadas de oficio. Lo anteriormente expuesto, permite concebir que la acción de tutela es un adecuado medio de restauración respecto de la situación de vulneración padecida por el actor, de hecho la Corte Constitucional en virtud de la indemnización en abstracto regulada en el tantas veces mencionado artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, ha sobrepasado la línea del ordenamiento del pago de daño emergente, estipulando distintas modalidades de reparación; dentro de las cuales se encuentra la indemnización en abstracto, la reparación pecuniaria y la reparación *in natura*, dentro de esta última se encuentran: las medidas de satisfacción, de rehabilitación, garantías de no repetición y otras formas de reparación contemporáneas, de las cuales se concluye que son medidas alternativas y oportunas para el desarrollo del cumplimiento de la ley.

La columna vertebral de esta investigación está configurada en la necesidad de comprobar con las sentencias de la Corte Constitucional, que mediante la acción de tutela se pueden otorgar distintas modalidades de reparación en procura de lograr el resarcimiento del daño sufrido en los derechos fundamentales.

Cuando se analizó la indemnización en abstracto, se pudo concluir que esta es una de las formas de reparación más usuales, pues su cobija de protección está instituida en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y esta es la razón fundamental, por la cual la Corte Constitucional ha emitido tantas sentencias (T-414,1992 / T-1083,2002 / T-484, 2004 / T-1020, 2010). Sin mayores elucubraciones, ordenar vía acción de tutela el pago del daño emergente, esto es, los gastos en que incurrió el accionante por la situación de vulnerabilidad padecida, es plenamente factible y aceptable por la jurisprudencia constitucional.

Otra de las formas de reparación analizadas, fue la reparación pecuniaria, caracterizada principalmente en que esta modalidad de reparación involucra, necesariamente, una orden de dinero. Sobre este punto en específico, es necesario, precisar que tanto la orden de indemnización en abstracto como la reparación pecuniaria, involucran dinero; la diferencia fundamental radica, en que la primera proviene de los gastos en que incurre la víctima y por tanto, la orden dineraria es un beneficio a favor de la víctima, y en la última, es decir, en la reparación pecuniaria, la orden de pago está dirigida a la entidad accionada y busca resarcir la situación de vulneración padecida por el actor.

Como tercera forma de reparación, se encuentra la reparación *in natura*, la cual tiene distintas modalidades, siendo su principal característica, que esta no implica taxativamente una orden de dinero, sino, una orden de hacer, a manera de ejemplo se puede encontrar que estas se materializa a través del resolutivo del fallo de tutela que ordena un tratamiento médico, un traslado laboral o disculpas públicas, etc., a lo cual, se agrega a manera de conclusión que es una de las formas de reparación menos usadas y por consiguiente menos registradas en los motores de búsqueda.

Respecto a las otras formas de reparación contemporánea *in natura*, como la cesación del ilícito y las reparaciones artísticas se concluyó, que aunque son modalidades existentes no tienen tanta frecuencia y aparición en el panorama

nacional- judicial colombiano. Sumado a ello, también se encontró que son pocas las personas que invocan esta modalidad de reparación.

Finalmente, la práctica judicial del silencio de los jueces se corrobora a la luz de los hallazgos encontrados, de lo cual se infiere que las distintas modalidades de reparación son utilizadas, primordialmente por la Corte Constitucional y que los jueces de primera instancia de oficio no decretan, ni siquiera, la indemnización en abstracto regulada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Para finiquitar se aclara que, la situación de amenaza o vulneración de un derecho fundamental, también da lugar a la labor de reparación, dado que, si el derecho fundamental estuvo en amenaza o el daño cesó en el transcurso de la interposición de tutela, estas dos circunstancias, conllevan a que la víctima tenga derecho a un resarcimiento.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

CARBONNIER, J (2004). Droit civil. Les biens. Les obligations, vol. 2, París, Boubée roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation.

CHARRY, J. (1992). La acción de tutela. Editorial Temis. Bogotá. D.C. Colombia.

ESGUERRA, M. (2018) Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional, (Esguerra, 2018)

FLEINER, T. (1999). Derechos Humanos, múltiples definiciones. Editorial Temis. Bogotá. D.C.

GARAY, L. y Vargas, F. (2002). Memoria y Reparación. Investigación Académica. Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente, en el artículo 63 señala la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos Bogotá, D.C. Colombia.

HENAO, J. (1993). La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado. En Varios, Homenaje a Fernando Hinestrosa. Treinta años de Rectorado. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C. Colombia.

_____. (2015) Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado.

_____. (1993). La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado. En Varios, Homenaje a Fernando Hinestrosa. Treinta años de Rectorado. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LONDOÑO, F. (2001). La economía en la Constitución de 1991. Revista Javeriana 137 (678). Bogotá. D.C. Colombia.

MARTÍNEZ, G. (1998). La indemnización de perjuicios en la acción de tutela. Bogotá. D.C. Colombia.

MARTÍNEZ, G y MARTÍNEZ, C. (2003). La indemnización de perjuicios en acciones especiales. Editorial Temis. Bogotá. D.C. Colombia.

OMS, (1968). Segundo Informe de su Comité Experto en Rehabilitación Médica.

ONU. (1997). ONU en Comisión de Derechos Humanos. Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Doc. E/CN.4/ Sub.2/1997/20/rev.1, Art. 33).

PINO, G. (2014). Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional/ Bogotá - editorial: Universidad externado de Colombia.

TORRES, J. (2014). La Acción de Tutela en Colombia: Un estudio sobre sus transformaciones jurídica: Artículo. Bogotá. D.C. Colombia.

YÁÑEZ, D. (2016). Acciones de daños. Bogotá. D.C Colombia.

_____. (2014) Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños

VELÁSQUEZ, O. (2013) La responsabilidad Civil Extracontractual.

ZAPATA, P. (2019). La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia como garantía

_____. (2019). Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado Constitucional. Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado. Bogotá. D.C. Colombia.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

BUSTAMANTE, G. (2011). El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia. Bogotá. D.C. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/241093-3>

GARCÍA. M. y UPRIMNY, R. (2002). La Reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte? Este artículo fue originariamente publicado en la revista Derecho Público No 15 de la Universidad de los Andes. Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_49.pdf

RIVEROS, H, (2018). Cuatro cositas que acabarían con la tutela. Artículo periodístico. Bogotá. D.C. Colombia. Recuperado de: <https://lasillavacia.com/opinion/cuatro-cositas-que-acabarian-con-la-tutela-67969>

SHELTON, D. (2009). La Rehabilitación como una forma de reparación con arreglo al derecho internacional. Recuperado de: <https://docplayer.es/10403801-La-rehabilitacion-como-una-forma-de-reparacion-con-arreglo-al-derecho-internacional-diciembre-2009.html>

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO

- Sección Quinta. Sentencia del 29 de abril de 2010. Radicación 08001-23-31-000-2009-00878-01(AC).
- Sección Tercera. Sentencia del 12 de mayo de 2011. Radicación 19001-23-31-000-1997-01042(19835)
- Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2015. Radicación 73001-23-31-000-2001-02244-01 (28666)
- Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Radicación 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097).
- Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Radicación 13168.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias.

- C-180, 2014.
- C-753, 2013.
- C-052, 2012

- C-370, 2006
- C-252, 2001
- C-543, 1992
- SU-254, 2013
- SU-253, 2013
- SU-256, 1996
- T-533, 2016
- T-507, 2016
- T-418, 2015
- T-465, 2013
- T-009, 2012
- T-665, 2011
- T-529, 2011
- T-177, 2011
- T-1029, 2010
- T-542, 2006
- T-564, 2004
- T-1083, 2002
- T-900, 2000
- T-408, 1998
- T-04, 1994

NORMATIVA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS.

- (28 de enero de 2002). Artículo 30 (Cesación y no repetición). Resolución No. 56/83
- (28 de enero de 2002). Artículo 37 (Satisfacción). Resolución No. 56/83

CONGRESO DE COLOMBIA.

- (julio 6 de 1991). Artículo 88 (Acciones Populares) de la Constitución Política.
- (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011
- (18 de enero de 2011). artículo 144 (Protección de los derechos e intereses colectivos). Ley 1437 de 2011
- (10 de junio de 2011) Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Ley 1448 de 2011

- (19 de noviembre de 1991). Artículo 6 (Causales de improcedencia de la acción de tutela). Decreto 2591 de 1991
- (19 de noviembre de 1991). Artículo 25 (Indemnización y costas). Decreto 2591 de 1991
- (19 de noviembre de 1991). Artículo 27 (Cumplimiento del Fallo). Decreto 2591 de 1991.
- (4 de abril del 2005) Decreto Presidencial No. 1012 (por el cual se declara la existencia de una situación de desastre departamental).
- (30 de diciembre de 2005) Decreto 4741 de 2005 (Por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y el manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral).