

La reparación del daño por vulneración a derechos fundamentales: ¿De la subsidiariedad de la acción de tutela a la subsidiariedad de las acciones de responsabilidad civil?

Por: Luisa Alexandra Torres Acosta^{1 2 3}

Como bien se sabe, en punto de la reclamación judicial por daños nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por su completud, en tanto consagra diversas posibilidades de acción ante las distintas jurisdicciones establecidas: constitucional, ordinaria y contencioso administrativa.

La procedibilidad de cada una de estas alternativas se encuentra determinada tanto por el ámbito competencial de cada una de estas jurisdicciones, como por el objeto y finalidad establecidos para cada una de las acciones y medios de control previstos para la formulación de pretensiones indemnizatorias, o, más ampliamente, de reparación⁴.

Aunque este modelo es plausible, resulta insoslayable reconocer la complejidad práctica que supone la identificación del mecanismo judicial procedente para la reclamación de perjuicios. Menos inevitable aún resulta advertir sobre las repercusiones que tal pluralidad de

acciones conlleva, siendo quizá la más relevante aquella que concierne a la afectación del principio de igualdad que rige el derecho a la reparación del daño⁵.

En este contexto, parece oportuno presentar algunas reflexiones frente a las decisiones que se profieren en sede de tutela para la reparación patrimonial ante la vulneración de derechos fundamentales.

I. El carácter subsidiario de la acción de tutela para indemnizar perjuicios

Este análisis podría parecer infundada si partimos de tres premisas básicas: (i) que la finalidad de la acción de tutela no es la de procurar una indemnización a quien ha sido víctima de una afectación a sus derechos fundamentales, (ii) que la acción de tutela no constituye el mecanismo idóneo para la reparación de daños, y (iii) que, por lo tanto, el juez de tutela no es el juez natural de la responsabilidad civil o patrimonial.

Los mencionados supuestos derivan, básicamente, de la precisa finalidad constitucional de la acción de tutela⁶, y

¹ Docente investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en el texto son de la autora y no pretenden reflejar ninguna posición institucional.

² Para citar el artículo: Torres Acosta, Luisa Alexandra. “La reparación del daño por vulneración a derechos fundamentales: ¿De la subsidiariedad de la acción de tutela a la subsidiariedad de las acciones de responsabilidad civil”, en *Observatorio de Derecho Privado Fernando Hinestrosa (PrivEx)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, septiembre de 2026, disponible en: <https://observatorioderechoprivado.uexternado.edu.co/>.

³ Este texto, con algunas modificaciones, ajustes y actualizaciones, fue presentado como ponencia en las III Jornadas Colombianas de Derecho Privado, las cuales fueron realizadas en la ciudad de Medellín en septiembre de 2025.

⁴ Autorizada doctrina nacional se ha ocupado de ilustrar ampliamente sobre esta importante cuestión. Ver Cfr. Henao Pérez, Juan Carlos, “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra

el Estado”, en *Revista de Derecho Privado* n.º 28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero – junio de 2015.

⁵ La doctrina constitucional advierte, en especial, sobre la implicación del desconocimiento del precedente frente al principio de igualdad: “Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorgan injustificadamente un trato diverso a dos o más individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución Política”. Cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. 1ª. ed. 2019, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 159.

⁶ Artículo 86 de la Constitución Política de 1991 que consagra la acción de tutela, en lo pertinente dispone (inciso 2º): “La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “la sentencia de tutela que emite una condena en abstracto debe centrarse en la

de la manera en que normativamente se limitó la procedencia de la reparación pecuniaria mediante este mecanismo⁷. Así mismo, son consistentes con el carácter excepcional que la propia jurisprudencia constitucional le ha reconocido a esa medida resarcitoria⁸, así:

[L]a indemnización en abstracto consagrada por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 procede (i) solo de manera excepcional, (ii) cuando se cumplen ciertos requisitos como el de subsidiariedad de la medida, (iii) siempre y cuando no exista otra vía para obtener la indemnización, (iv) cuando se cumpla el requisito de necesidad de la indemnización para la protección efectiva del derecho, (v) se dé la existencia de una relación causal directa entre el daño y el agente accionado, (vi) que se encuentra referida solo al cubrimiento del daño emergente, y (vii) que el juez es quien debe fijar los criterios para que proceda la liquidación. (Se destaca)

II. Giro jurisprudencial en el reconocimiento excepcional y limitado de la indemnización

La Corte, de manera inexplicable, en la Sentencia SU-256 de 1996, la misma en la que se ocupó de precisar las condiciones para el reconocimiento excepcional de la indemnización de perjuicios en sede de tutela, decidió no solo imponer una condena en abstracto al pago “de los daños materiales”, sino que también ordenó el pago de los “perjuicios morales subjetivos”, estos últimos a ser liquidados “de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 106 del Código Penal.”⁹.

En similar sentido se encuentran otras decisiones: la Sentencia T-036/02¹⁰, que condenó en abstracto a la

indemnización, *in génere*, “de los perjuicios ocasionados”; la Sentencia T-1083/02¹¹, que condenó en abstracto al pago de perjuicios morales e impuso medidas de satisfacción; la Sentencia T-1090/05¹², que condenó en abstracto “al pago del daño emergente representado en el daño moral”; y la Sentencia T-209/08¹³, que condenó en abstracto a la indemnización de perjuicios “en su integridad”, al igual que lo hizo la Sentencia T-496/09¹⁴.

Mención aparte amerita la Sentencia T-733 de 2017¹⁵, anulada por la Sala Plena de la Corte Constitucional¹⁶, al constatar que desconoció el precedente fijado por la Sentencia SU-254 de 2013, con respecto a la subsidiariedad de la acción de tutela para el reconocimiento de indemnizaciones, al imponer una condena en abstracto al pago integral de perjuicios, tras considerar a los tutelantes como sujetos de especial protección.

Así mismo, en el año 2024, se profirieron sendas sentencias que tampoco se limitaron a conceder una indemnización por daño emergente, sino que, además, condenaron en abstracto al pago de perjuicios morales, remitiendo para su liquidación al trámite incidental previsto por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991¹⁷.

En particular, en la Sentencia T-202 de 2024, la Corte Constitucional sostuvo que de conformidad con pronunciamientos previos de la misma Corporación, se “ha entendido que el juez de tutela sí puede, de manera excepcional, reconocer perjuicios morales en el marco de la indemnización en abstracto regulada en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991”, argumentando además que la citada norma, en punto del incidente de liquidación, alude

protección del derecho fundamental, ya que la indemnización es accesoria, rigurosamente excepcional y escapa a la esencia de la acción de tutela.”. Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-160 de 27 de mayo de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁷ El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente: “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. (...)”.

La conformidad constitucional del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 fue dictaminada mediante la Sentencia C-543 de 1992. Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias SU-256 de 30 de mayo de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-254

de 24 de abril de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-111 de 12 de marzo de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-036 de 25 de enero de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1083 de 5 de diciembre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 26 de octubre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 28 de febrero de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 23 de julio de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 15 de diciembre de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁶ Cfr. Sala Plena. Auto 616 de 20 de septiembre de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-460 de 1 de noviembre de 2024. M.P. Vladimir Fernández Andrade y T-202 de 4 de junio de 2024. M.P. Diana Fajardo Rivera.

“a los demás perjuicios”¹⁸. Ese criterio se mantuvo en la Sentencia T-165 de 2025, providencia en la cual la se condenó en abstracto a la entidad accionada al pago de los perjuicios morales causados por un trato discriminatorio en materia laboral¹⁹.

No obstante, la propia Corte Constitucional, al efectuar el control constitucional sobre esa disposición, la encontró exequible al considerar que²⁰:

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. (Se destaca)

Contrario a ello, según se ha evidenciado, es constatable una tendencia consistente de la jurisprudencia constitucional, tanto de ampliar la procedencia de la indemnización de perjuicios en sede de tutela²¹, como de extender su reconocimiento a conceptos de daño que no se limitan al del daño emergente²², llegando incluso a generar confusión sobre los rubros o conceptos del daño indemnizable²³.

III. Objeciones a la vis expansiva de la jurisprudencia

Parece inevitable advertir que la condena al pago de perjuicios mediante la acción de tutela suscita cuestiones problemáticas y desafortunadas, más aún si ello supone ‘flexibilizar’ el contenido normativo de la disposición jurídica que regula dicho asunto.

Piénsese, por ejemplo, en la difícil situación que para el accionado supone rebatir la imposición de la condena patrimonial en el trámite de Revisión que adelanta la Corte Constitucional, para lo cual solo podría solicitar la nulidad de la respectiva sentencia, siendo este un trámite sujeto a rigurosos requisitos de procedibilidad.

Conviene también indagar por el efecto de cosa juzgada: ¿Quedan excluidos de debate en la vía ordinaria los perjuicios cuya reparación fue ordenada por el juez de tutela? ¿Acaso las acciones ordinarias se tornan definitivamente inocuas si el juez de tutela ordena la indemnización de perjuicios “en su integridad”?

Por otra parte, en punto de la efectividad de la condena patrimonial en favor del accionante, cabe preguntarse: ¿el juez del incidente de liquidación, que viene a ser el mismo juez natural de la reparación, tiene competencia para conocer sobre perjuicios diferentes al daño emergente?

La respuesta a estos interrogantes tendría que encontrarse en el correcto entendimiento que debe darse al requisito de subsidiariedad a que hace referencia el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en tanto este no es en modo alguno asimilable al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela de la manera en que fue establecido por el artículo 86 de la Constitución Política²⁴.

En efecto, se debe tener en cuenta que la subsidiariedad a la cual se refiere la norma reglamentaria tiene que ver específicamente con la procedencia de la condena al pago del perjuicio consistente en el daño emergente, procedencia que se determina en atención a la necesidad de procurar un amparo efectivo al derecho fundamental vulnerado, en tanto que, en el caso concreto, tal indemnización no podría ser otorgada por ningún medio judicial ordinario²⁵. A tal efecto, por supuesto que resulta

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Cfr. Sentencia de 8 de mayo de 2025. M.P. Vladimir Fernández Andrade

²⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992. M.P. José Rodrigo Hernández Galindo.

²¹ Sobre la indemnización del daño mediante la acción de tutela en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ver Cfr. YÁÑEZ MEZA, Diego, (et., al)., “Orden de condena de perjuicios en abstracto en la acción de tutela: subreglas en su inaplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Revista Derecho del Estado n°. 42, enero-abril de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 339-370.

²² La Corte Constitucional también ha ocupado de precisar, que “la indemnización debe estar encaminada a resarcir, exclusivamente, el daño emergente entendido como

“perjuicio” o “perdida” conforme al artículo 1614 del Código Civil, y no comprende el lucro cesante, la ganancia o el provecho que se dejó de percibir.” Cfr. Sentencia T-403 de 14 de septiembre de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Criterio reiterado, entre otras, en la Sentencia T-252 de 10 de julio de 2023. M.P. Jorge Enrique Ibañez Najar.

²³ V.gr. en la Sentencia T- 1090 de 2005.

²⁴ Esta disposición en lo pertinente dispone (inciso 3º): “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

²⁵ Al respecto la Corte Constitucional tuvo ocasión de precisar que esta regla de subsidiariedad “exige únicamente la existencia de mecanismos judiciales que permitan reclamar la indemnización para desestimar la condena en abstracto en sede de tutela”. Cfr. Auto 616 de 2018, cit.

pertinente distinguir entre el menoscabo *per se* de tal derecho y las consecuencias o perjuicios derivados de tal afectación²⁶.

De manera que, si en el caso concreto del cual se ocupa el litigio en tutela se cuenta con un medio judicial ordinario idóneo para la reclamación de perjuicios, como es el caso por ejemplo, de la acción civil de responsabilidad ante la jurisdicción civil ordinaria y de la acción de reparación directa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es ante cada una de estas jurisdicciones y acciones, según corresponda²⁷, que se debe proponer el reconocimiento de tales perjuicios, para que, previo el agotamiento de un debido proceso, las partes involucradas puedan debatir a cabalidad si se constatan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial que han de justificar la consecuente condena a la reparación patrimonial por la vulneración del derecho fundamental, cuya constatación —la de tal vulneración— habría sido previamente establecida por el juez de tutela, cuestión de fondo frente a la cual podría configurarse la *res iudicata*.

Así las cosas, es imperioso enfatizar que, conforme lo ha precisado la Corte Constitucional, “no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada”²⁸ en tanto que “la tutela se convierte en el último mecanismo para propender reparaciones de carácter patrimonial”²⁹.

De ello se sigue una única conclusión posible: para el reconocimiento indemnizatorio de daños derivados de la afectación a derechos fundamentales es la acción de tutela la que opera de manera subsidiaria y limitada, no así los medios judiciales ordinarios.

Tal ha sido el efecto de la ‘flexibilización’ de la jurisprudencia en este asunto, que los accionantes incluyen en la demanda de tutela pretensiones específicas y directamente orientadas a obtener la indemnización de perjuicios materiales (incluido el lucro cesante) y morales, frente a lo cual la Corte Constitucional ha tenido que advertir, de nuevo³⁰, que la condena al pago de perjuicios en sede de tutela tiene un carácter excepcional y limitado a la indemnización en abstracto del daño emergente causado³¹, por lo que no incluye “las ganancias dejadas de percibir”³².

De manera que si, en el caso concreto, no se supera el “estricto análisis de excepcionalidad” para la procedencia de tal reconocimiento, la reparación económica debe reclamarse ante la jurisdicción correspondiente³³.

No puede admitirse un conclusión distinta a esta, pues de lo contrario el debate sobre la responsabilidad civil o patrimonial que se podría configurar por la vulneración de los derechos fundamentales se vería reducido a un incidente procesal, que desfiguraría no solo la acción de tutela, sino, de paso, la función de juez natural de la reparación, que vendría a ser entonces un mero liquidador de condenas.

²⁶ Cfr. M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. 1ª. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

²⁷ Es destacable que, para garantizar el reconocimiento de la reparación por los daños a derechos fundamentales de una mujer perteneciente una comunidad indígena, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades indígenas la activación de “un procedimiento a fin de reparar, según sus usos y costumbres el daño causado” por la violación del derecho fundamentales de la accionante. Cfr. Sentencia SU-297 de 3 de julio de 2025. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Así mismo, en un reciente pronunciamiento, la Corte ordenó a la Defensoría del Pueblo brindar orientación, asesoría y acompañamiento a la accionante “si desea promover mecanismos judiciales tendientes a cobrar pecuniariamente las afectaciones que sufrió con objeto de la divulgación de su imagen.” Cfr. Sentencia T-184 de 19 de junio de 2026. M.P. Carlos Camarco Assis.

²⁸ Cfr. Sentencia C-543 de 1992, cit.

²⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-160 de 27 de mayo de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁰ Cabe mencionar que la propia Corte da cuenta de la disparidad de criterios que se han seguido por las Salas de Revisión frente a la procedencia del reconocimiento de perjuicios materiales y morales en sede de Tutela. Cfr. Sentencia T-131 de 5 de mayo de 2026. M.P. Jorge Enrique Ibañez Najjar.

³¹ Este criterio fue atendido por ejemplo en la Sentencia SU-018 de 29 de enero de 2025. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. En dicho pronunciamiento, la Corte se limitó a condenar al demandado, en abstracto, a la indemnización del daño emergente en favor del tutelante, invocando el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

³² Cfr. Sentencia T-256 de 12 de junio de 2025. M.P. Natalia Àngel Cabo.

³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 1 de junio de 2026. M.P. Lina María Escobar.