

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR  
OMISIÓN DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA**

**LIBIA INÉS CHACON MALDONADO**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL  
BOGOTÁ, 2019**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA FACULTAD DE  
DERECHO MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestroza Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Directora Departamento  
Derecho Constitucional Dra. Magdalena Correa

Director de Tesis: Dr. Fabio Estrada Valencia

Examinadores: Dra. Johanna Delgado  
Dr. Sergio Alejandro Fernández,

## CONTENIDO

	pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b>	4
1.1 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	11
1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	17
1.2.1 Daño Antijurídico	17
1.2.2 Imputación	19
1.2.3 Nexo causal	24
2. PRINCIPALES ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	27
2.1.1 Omisión legislativa absoluta	30
2.1.2 Omisión legislativa relativa	34
2.2 LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA	39
3. CONTROVERSIAS DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL	42
3.1 Caso Internacional (Italia): Directiva 80/987 del 20 de octubre de 1980/CEE	42
3.2 Caso nacional “Emberá Chamí”	47
4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA	52
4.1 Sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional frente a la responsabilidad del estado por omisión legislativa	52
4.2 Sentencia 13002 del 1° de noviembre de 2001 del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del estado por omisión legislativa.	56
5. CONCLUSIONES	65
6. REFERENCIAS	67

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación surgió como consecuencia del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado (en adelante CE) y de la Corte Constitucional, en el cual se puso en evidencia una tensión entre estas altas cortes, como se explica a continuación. En primer lugar, el CE no ha reconocido la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador. Como regla general, el Estado colombiano no debe responder por la omisión del legislador por varias razones, entre ellas dos esenciales: primero, la omisión como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado; Y segundo, la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable exige, de una parte, la presencia de dos sujetos - el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber – y la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero) –, como explica el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia<sup>1</sup>.

La misma corporación señala que la responsabilidad se puede dar salvo cuando una norma constitucional le asigna al Congreso la obligación de expedir una ley en una materia determinada. De este modo, ha manifestado que para decidir si una conducta jurídica es reprochable al

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

legislador, se exige o solicita “de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente”<sup>2</sup>. Y continúa:

“Las funciones legislativas que la Constitución Política de 1991 otorgó al Congreso en los artículos 114 y 150, no se delimitaron en el tiempo y no están concebidas desde un punto de vista obligacional. Por ello, la no producción de normas legales para desarrollar la Constitución, no está sancionada jurídicamente con un efecto. Sólo la competencia del Congreso, prevista en el inciso 3º del artículo 341 Constitucional sí tiene una consecuencia jurídica, cuando no se ejercita en **tiempo** determinado por la misma carta y se relaciona en la expedición del Plan Nacional de Inversiones<sup>3</sup>.

La consecuencia de esta sentencia del Consejo de Estado es la no configuración de “omisión estatal”, pues la omisión como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente dentro de un término fijado. De este modo, la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable exige la presencia de dos sujetos: el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber, así como también la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero).

---

<sup>2</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>3</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2006, afirmó que la responsabilidad patrimonial del Estado por omisiones imputables al poder legislativo está contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho<sup>4</sup> con fundamento en la siguiente afirmación: “la noción de daño antijurídico, descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”<sup>5</sup>(SIC).

Por otro lado, frente a la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado infiere que la falla del servicio legislativo en el ordenamiento colombiano no existe, debido a que las funciones legislativas no están delimitadas en el tiempo, salvo una excepción, la del Plan Nacional de Inversiones. También afirmó que la función legislativa no puede equipararse a obligación ni deber jurídico, sino que se ejerce programáticamente<sup>6</sup>.

En la discusión entre estos dos altos tribunales se evidencia la problemática del presente trabajo, el cual pretende analizar con mayor profundidad la siguiente pregunta de investigación: ¿El Estado colombiano es responsable por la omisión del legislador?

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 (5, febrero, 2006). M. P. Humberto Sierra Porto.

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 (5, febrero, 2006). M. P. Humberto Sierra Porto.

<sup>6</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Como respuesta a este interrogante, la hipótesis que se plantea en el escrito es que por regla general el Estado colombiano no debe responder patrimonialmente por la omisión del legislador, salvo cuando una norma constitucional le asigne al Congreso la obligación de expedir una ley en una materia determinada y en un tiempo específico.

Alonso y Leiva consideran que existe responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador, bajo 3 características:

1. Se trata de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio.
2. Se aplican los principios generales de responsabilidad (daño antijurídico, hecho dañoso y nexos causal).
3. El límite a esta responsabilidad está dado por los supuestos jurídicos de caso fortuito y fuerza mayor.

Sin embargo, apuntan los mencionados autores que la responsabilidad del Estado por omisión del legislador también debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que el Estado incumpla con una obligación expresa.
2. El deber concreto que requiere que sea resuelto por el Estado<sup>7</sup>.

En la misma dirección, Arenas y Jiménez dicen que la responsabilidad patrimonial del Estado quedó elevada a rango constitucional y que es su deber reparar los daños antijurídicos, incluyendo aquellos de la

---

<sup>7</sup> ALONSO GARCÍA, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ, Eric. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. Revista Derecho del Estado n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 145-173, p. 166.

omisión de las diversas ramas del poder, como el legislativo<sup>8</sup>. Igual perspectiva asume el estudio de Bautista y Díaz, quienes plantean que es deber del Estado reconocer su responsabilidad por omisión, ya que el hecho dañoso originado proviene de un incumplimiento del legislador en promulgar leyes que la misma constitución demanda<sup>9</sup>.

La razón por la cual dichos autores consideran la responsabilidad del Estado quedó elevada a rango constitucional y que es su deber reparar los daños antijurídicos, está consignada en el artículo 90 de la Constitución, que contiene estos elementos para la declaración de responsabilidad.

Esta postura sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador también es validada por Cifuentes, quien considera que esta omisión toma importancia ante la efectividad real de las normas constitucionales en un Estado Social de Derecho y versa en una verdadera exigencia constitucional, pues no basta con el no actuar dentro de una obligación genérica de legislar para determinar la omisión<sup>10</sup>. En igual medida, González subraya que el órgano legislativo puede actuar inconstitucionalmente por omisión, causando un daño a

---

<sup>8</sup> ARENAS URIBE, Carolina y JIMÉNEZ USCÁTEGUI, Mariángela. La responsabilidad del estado por el hecho del legislador. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias jurídicas. Departamento de Derecho Público. Santa Fe De Bogotá, D.C. 2001, p. 112.

<sup>9</sup> BAUTISTA, Cristian & DÍAZ, Jorge. Responsabilidad estatal derivada de la función legislativa en Colombia [Tesis de grado]. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. 2006, p. 68...

<sup>10</sup> CIFUENTES, Rafael Julián. La responsabilidad del Estado – legislador: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación. Univ. Estud. Bogotá (Colombia). 2016, no. 14, pp. 73-92.



sus asociados el cual es generador de responsabilidad patrimonial debido a dicha irregularidad presentada en el servicio<sup>11</sup>.

Asimismo, otra de las contribuciones de González se centró en hacer un análisis integral sobre la figura de la omisión legislativa, la cual se constituye como generadora de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo soporte está dado por la teoría del daño antijurídico. Por eso, se habla que corresponde a una responsabilidad subjetiva por falta del servicio<sup>12</sup>.

No obstante, dicha responsabilidad recae siempre y cuando la conducta omisiva tenga un nexo causal directo con el daño. Así, si el legislador, por inactividad, genera un perjuicio, se debe endilgar responsabilidad bajo el título de omisión antijurídica, como consecuencia tiene la obligación de desarrollar una norma, cuyo postulado se encuentra en la Constitución Política. Conforme a estos elementos, el régimen a aplicar sería el de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio<sup>13</sup>.

En síntesis, del análisis de la jurisprudencia y la doctrina expuesta en líneas anteriores, se infiere que no es pacífico el estudio sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador. Existen dos posturas jurídicas sobre el tema. La primera establece que el Estado no es responsable patrimonialmente por omisión legislativa,

---

<sup>11</sup> GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016, p. 85.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016,

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016, p. 80.

debido a que la función legislativa en Colombia es programática y no está delimitada en el tiempo, razón suficiente para afirmar que el legislador no tiene una obligación expresa de elaborar leyes, por lo cual no podría demostrarse la omisión estatal como causa de imputación del daño y en consecuencia no podría declararse una responsabilidad patrimonial al Estado. La segunda está encaminada a demostrar la existencia de una responsabilidad del Estado por omisión del legislador fundada en la noción del daño antijurídico y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador.

Esbozados estos elementos, este trabajo de investigación se estructura de la siguiente manera. En el primer capítulo se explican los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado y la libertad de configuración legislativa. Una vez comprendidos estos aspectos, en el segundo capítulo se lleva a cabo un estudio sobre las controversias en torno a la omisión legislativa y su relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, para lo cual se toman en cuenta dos casos específicos, el primero corresponde a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y el segundo, a una tesis que afirma la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado en la ablación de mujeres en la comunidad caso Embera-Chamí. Estas experiencias ofrecen diferencias sustantivas que ayudan a clarificar la perspectiva jurisprudencial aplicada en Colombia.

En el tercer capítulo se aborda el análisis jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por omisión del legislador en Colombia. En primer lugar, se realiza un estudio de la jurisprudencia de la Corte

Constitucional, y luego se analiza la postura del Consejo de Estado. Por último, se exponen unas conclusiones sobre el estudio.

## **1.1 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO**

El tratamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado no ha sido del todo pacífico, dado que históricamente ha transitado de su inexistencia hasta su aplicación actual en los términos normativos y jurisprudenciales que lo gobiernan, pero también desde las diversas teorías que, desde la doctrina, pretenden otorgarle validez y eficacia. Así, la doctrina ha sostenido que la responsabilidad del Estado comienza a tomar cuerpo con el fin del absolutismo y la imposición de la ideología liberal, donde el poder recae en el pueblo y no en Dios, por lo cual el poder ejercido por los gobernantes no puede ser arbitrario, sino que está sometido a unas reglas y principios generales establecidos mediante ley<sup>14</sup>.

El sustento colombiano se encontró inicialmente en la Constitución Política de 1886, la cual estableció en su artículo 151 que la Corte Suprema de Justicia era el organismo judicial que tenía la competencia general para conocer de estos casos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> JIMÉNEZ, William. Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. Revista Diálogo de Saberes. 2013, no. 38, pp. 63-78.

<sup>15</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886., art. 151.

Pero vale la pena recordar que la aplicación de la responsabilidad estatal se presentó inicialmente en el marco del derecho civil, ya que no existía norma alguna en materia de derecho administrativo, así “el Código Civil se convirtió en la norma aplicable y los conflictos resultantes se ventilaban ante la jurisdicción civil u ordinaria”<sup>16</sup>. En este período, la responsabilidad, sobre todo la extracontractual, se fundó en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, al existir la obligación de indemnizar sobre los criterios de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

Posteriormente, en 1939 la Corte Suprema de Justicia estableció una nueva línea jurisprudencial, según la cual la responsabilidad patrimonial del Estado es de carácter subjetivo, con sustento en el artículo 2341 de Código Civil, el cual establece lo siguiente: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Al respecto, Armenta Ariza, en su escrito “El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación”, afirmó que la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado ha tenido avances importantes gracias a la jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia y al artículo segundo de la Constitución Política de 1886, en los siguientes términos:

“Este esfuerzo por fundar la responsabilidad del Estado en reglas diferentes a las establecidas en el Código Civil para los

---

<sup>16</sup>JIMÉNEZ, William. Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. Revista Diálogo de Saberes. 2013, no. 38, pp. p. 69.

particulares, se convirtió en una constante en la jurisprudencia de esa Corporación. Los principios constitucionales aplicados al tema inician con el artículo 2 de la Constitución Política de 1886, según el cual “Los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala”, norma que presentaba las tesis más importantes del derecho público moderno como son: el principio de legalidad, el principio de la auto limitación del poder público y el Estado de Derecho.<sup>17</sup>

Este desarrollo jurisprudencial continuó con su dinámica propia, llevando a que el Estado asumiera como uno de sus enfoques la falla del servicio, con sustento en el artículo 16 de la Constitución de 1886, en el que concurren tres elementos básicos: falla en el servicio (ineficiencia, irregularidad y retardo), la existencia de un daño (lesión de un bien determinado o determinable) y un nexo de causalidad entre la falla y el daño<sup>18</sup>.

Pero, con la promulgación del Decreto Ley 528 de 1964<sup>19</sup>, la competencia plena y general para asumir estos procesos recayó finalmente en el Consejo de Estado, que es, hasta la fecha, el tribunal encargado de atender estas demandas<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> ARMENTA ARIZA, Angélica. El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación. Revista Vía Iuris. 2008, no. 6, pp. 88-112.

<sup>18</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11], pp. 95-109.

<sup>19</sup> COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 528 (9, marzo, 1964). Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones.

<sup>20</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis. & TEJADA RUIZ, Claudia. La responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014.

Además de estos elementos, esta corporación precisa que la existencia de la responsabilidad requiere que concurren dos componentes básicos: (i) la presencia de un perjuicio material cierto generado por el hecho u omisión de un agente cuando ejerce sus funciones y (ii) que tal hecho u omisión sea constitutivo de culpa de la administración. Si alguno de estos elementos está ausente, el Estado se exime de dicha responsabilidad<sup>21</sup>.

Luego, con la promulgación de la Carta Política de 1991, se planteó la génesis normativa sobre la cual se fundan las diversas controversias en relación con la omisión del legislador, como generadora de responsabilidad patrimonial del Estado. Así se evidencia en el artículo 90, el cual establece en su primera parte lo siguiente: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción **o la omisión de las autoridades públicas**”<sup>22</sup>. (Destacado fuera del texto)

Frente a este postulado, Suárez especifica la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea referida a la acción u omisión generada de la actividad o inactividad y que el Estado, en virtud de los imperativos constitucionales, debería estar en capacidad de amparar. El segundo componente es el “daño jurídico”, el cual será imputable al Estado por su acción u omisión: “La responsabilidad estatal

---

<sup>21</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis. & TEJADA RUIZ, Claudia. La responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014. p. 6.

<sup>22</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. art. 90.

deberá siempre derivarse de la disposición constitucional del artículo 90. Es esta norma la que contempla en la actual legislación positiva la responsabilidad extra-contractual del Estado y con base en ella deben desarrollarse los regímenes de responsabilidad estatal”<sup>23</sup>.

En ese sentido, el título de imputación de la responsabilidad por falla del servicio<sup>24</sup> es uno de los asuntos de mayor importancia y cuidado dentro de su ordenamiento jurídico, en la medida que ello representa costos sustantivos al Estado. Y esta responsabilidad deviene de las actuaciones irregulares que la administración, bien por acción u omisión, es generadora de perjuicios<sup>25</sup>.

Sobre estos elementos, se debe destacar la noción de daño por estar íntimamente relacionados. Así, en sentido material se entiende de forma amplia como una lesión, quebranto o perjuicio, entendido como todo tipo de afectación sufrida por una persona, bien sea de propia mano o por conducta ajena (personas o fenómenos de la naturaleza)<sup>26</sup>. Sin embargo, ya en sentido jurídico, se habla de la concepción de daño

---

<sup>23</sup> SUÁREZ, Daniel. Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. Disponible en <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/18-19/8-RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL%20DEL%20ESTADO.pdf>

<sup>24</sup> Frente al título de imputación de falla en el servicio el Consejo de Estado en Sentencia de 16 de septiembre de 1999, expediente No. 10922 Sección Tercera, se afirmó: “(...) no cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la Administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose extremadamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público”.

<sup>26</sup> PREVOT, Juan. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. Revista Chilena de Derecho Privado. 2010, no 15, pp. 143-178.

resarcible, al dar a entender que todo daño no se puede concebir como indemnizable.

Justamente, en sentido estrictamente jurídico, el daño se asume como la lesión a un derecho o de un interés que se encuentra protegido jurídicamente, aun cuando se precisa que este interés no debe ser abstracto. Conforme a ello, se plantea como “la pérdida sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de la víctima”<sup>27</sup>. En esta dirección, la pérdida se entiende como “carencia, privación de lo que se poseía. Daño o menoscabo que se recibe en algo. Cantidad o cosa perdida”<sup>28</sup>.

Empero, tal lesión del derecho no supone *per se* una obligación de indemnizar por ejemplo, en los casos en donde se ingresa a un predio ajeno a elevar cometa o jugar. Igualmente, se establece que la existencia de daño obedece también a que haya un interés jurídicamente protegido, el cual presenta los siguientes efectos:

- Si hay afectación, pero no lesión de derechos ajenos, no hay daño resarcible.
- Hay afectación y hay lesión de derechos ajenos, hay daño resarcible.
- Hay violación de derechos ajenos, no afectación de patrimonio económico y moral, no hay daño resarcible.

---

<sup>27</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis. & TEJADA RUIZ, Claudia. La responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014.p. 6.

<sup>28</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la lengua española. Disponible en <https://www.rae.es/>



- Hay afectación de intereses no tutelados jurídicamente, hay afectación de patrimonio económico y moral, no hay daño resarcible por ser situación ilegal.
- Se presenta autolesión, hay afectación de patrimonio económico y moral, no hay daño resarcible. No aplica cuando hay un garante de quien se lesiona, lo que implica que el garante es a quien se le atribuye la lesión. Se presenta violación de derechos ajenos, hay afectación del patrimonio económico y moral, la afectación es consentida, no hay daño resarcible. Pero si la violación es relacionada con un derecho indisponible (vida), se produce lesión antijurídica<sup>29</sup>.

## **1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

### **1.2.1 Daño Antijurídico**

La noción de daño antijurídico ha sido definida por el maestro Henao como “un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato”<sup>30</sup>. Esto lleva a precisar que el daño antijurídico debe tenerse en cuenta como un

---

<sup>29</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis. & TEJADA RUIZ, Claudia. La responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014. p.8.

<sup>30</sup> HENAO PEREZ, Juan Carlos. La Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, evolución jurisprudencial (1864-1990). 2 tomos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

elemento esencial de la responsabilidad patrimonial del Estado, en particular de la administración.

En ese sentido, Irisarri plantea que el daño antijurídico es una doctrina española, en especial del doctrinante García de Enterría, quien subrayó que corresponde a todo perjuicio que genera detrimento patrimonial que es imputable a un sujeto, siendo en este caso la administración, y que el mismo es injusto y requiere, por su naturaleza, de una reparación o deber de resarcimiento<sup>31</sup>.

Asimismo, Munévar afirma que el daño antijurídico conlleva a que el Estado sea el garante de la protección de aquellos derechos que tienen la connotación de un hecho dañino o que una persona no tiene la obligación legal de soportar, lo que implica el deber de reparar siempre y cuando no se encuentre dentro del ordenamiento jurídico: “Dado que si bien el daño configura el deber de reparar, este deber no se materializa en todos los sentidos, toda vez que la misma definición legal considera que si el ordenamiento jurídico así lo contempla, una víctima en determinados momentos sí se encuentra en el deber jurídico de soportar un daño, porque en este sentido ese daño no sería contrario al derecho”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Trabajo de grado Maestría. Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. 89 p.

<sup>35</sup> MUNEVAR, Claudia. Criterios de imputación del Estado por daños jurídicos en materia ambiental. *Advocatus*.2017, vol. 14, no 27, pp. 35-47

## 1.2.2 Imputación

La imputación jurídica es uno de los elementos esenciales para estructurar la responsabilidad del Estado, es la circunstancia que permite atribuir a un sujeto la responsabilidad de un hecho reprobable. La Sección Tercera del CE en sentencia de 16 de septiembre de 1999, con ponencia del magistrado ponente Ricardo Hoyos Duque, define la imputación en los siguientes términos:

“En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, sino con la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”<sup>33</sup>

Por su parte, Henao sostiene que la imputación es “la atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, atribuido o

---

<sup>33</sup> COLOMBIA, Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 16 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

aplicable a una o varias personas que, por tanto, deberán en principio repararlo”<sup>34</sup>. Conforme a esta interpretación, se puede decir que la imputación es uno de los elementos esenciales y condición para declarar la existencia de algún tipo de responsabilidad. Añadido a lo anterior, se plantea que la imputación debe conducir a un juicio que conlleve la identificación del nexo causal generador del deber de reparar<sup>35</sup>.

Así mismo, Guechá Medina argumenta que existen títulos de imputación de tipo material y otros de tipo jurídico, pero sin que ello llegue a significar que el primero no sea jurídico, en cuanto a la asignación de algún tipo de responsabilidad. En ese sentido, subraya que la falla probada es el título de imputación de responsabilidad más relevante en Colombia, “en la medida que las actuaciones irregulares de la administración, han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado”<sup>36</sup>.

En Colombia, existen dos grandes grupos de títulos de imputación: objetivo y subjetivo. Rodríguez lo ha definido en los siguientes términos:

El título objetivo se refiere al daño (natural, especial y/o antijurídico) que debió soportar una persona que no tiene el deber natural especial y/o jurídico de soportarlo, el título subjetivo se refiere a la falla en el servicio que el Estado debía proporcionar y como

---

<sup>34</sup> HENAO, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado colombiano por daños al medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 160.

<sup>35</sup> MUNEVAR, Claudia. Criterios de imputación del Estado por daños jurídicos en materia ambiental. *Advocatus*.2017, vol. 14, no 27, p. 43.

<sup>36</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11], p. 99.

consecuencia de su ejercicio, por acción u omisión y que de esas conductas se generó un daño. La diferencia estriba en que en el título objetivo no es indispensable la demostración de una deficiencia del servicio, basta con demostrar el daño y vincular como responsable de generar la causa a la administración pública mientras que en el título subjetivo es necesario demostrar que la causa se generó por falla en el servicio o quebrantamiento de la obligación de la administración pública, es decir, se torna en requisito indispensable la demostración de una deficiencia del servicio para configurar la responsabilidad, por lo que se trata de un requisito sine qua non para poder radicar la responsabilidad en cabeza de la administración pública. Aunque en ambos casos el Estado debe responder patrimonialmente por el perjuicio o las consecuencias del daño causado, también es necesario que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño y el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración pública<sup>37</sup>.

Este estudio solo se referirá a un único título de imputación subjetivo, “falla en el servicio”, en atención al pronunciamiento jurisprudencial que hizo la Sección Tercera del CE que afirmó que: “para atribuir un título de imputación jurídica a la omisión del legislador se requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado”<sup>38</sup>. Este es un presupuesto característico del régimen de responsabilidad subjetiva por “falla en el servicio”, razón jurídica suficiente para inferir o proponer la

---

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Bogotá, Colombia: Temis, p. 525

<sup>38</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

única excepción de reconocimiento patrimonial con ocasión a la omisión del legislador se podría asumir que será a título subjetivo.

### **1.2.2.1 Falla en el servicio**

Es el único título de imputación para poder explicar la existencia de una posible excepción de responsabilidad del Estado por omisión del legislador en Colombia. La Sección Tercera del CE en sentencia 13023 precisó que el título de imputación jurídica de omisión del legislador exige la preexistencia de un elemento inmutable en el régimen de responsabilidad subjetivo, el de “falla en el servicio”. Para ello, hay que comprender que como lo ha dicho Guechá Medina, el título de imputación de la responsabilidad “falla del servicio” se considera como una responsabilidad que deviene de las actuaciones irregulares que la administración, bien por acción u omisión, es generadora de perjuicios<sup>39</sup>. (Mayúscula fuera de texto).

Justamente, sostiene que la falla en el servicio se clasifica dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado como responsabilidad extracontractual subjetiva, en el que debe estar presente la ocurrencia de un hecho, que el mismo genere un daño antijurídico y que este sea

---

<sup>39</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11],

imputable al Estado<sup>40</sup>. Esta falla tiene su razón en la culpa de la administración y que se presenta por acción u omisión<sup>41</sup>.

La falla en el servicio también es conocida como “aquella en que se produce un daño o perjuicio por un ente público que no ha actuado cuando debía, ha actuado mal o lo ha hecho tardíamente”<sup>42</sup>. Entonces, la falla se puede presentar por acción u omisión del Estado, en el que se endilga un error que debe ser indemnizado, pero un elemento fundamental de la falla del servicio es la existencia de una obligación prevista en una norma jurídica.

Cabe aclarar que las obligaciones del Estado, que son las que determinan el surgimiento de una falla del servicio, tienen su origen en la Constitución Política, leyes, decretos, estatutos, resoluciones, ordenanzas, etc., en el que se encuentran establecido el funcionamiento de la administración y los deberes de los funcionarios y el Estado en general<sup>43</sup>. Esto tiene su origen en la teoría francesa de responsabilidad del Estado, cuyo fundamento está dado por la actuación irregular de la

---

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ MORA, Sandra. La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado. Trabajo de grado Magíster en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2012. 118 p.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ MORA, Sandra. La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado. Trabajo de grado Magíster en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2012.

<sup>42</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11], p. 73.

<sup>43</sup> IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Trabajo de grado Maestría. Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. 89 p.

administración, al conllevar a un daño y en la respectiva obligación que tiene de indemnizar los perjuicios que se hayan causado<sup>44</sup>.

Así, la falla del servicio se caracteriza por presentar las siguientes modalidades: probada, anónima, presunta y relativa<sup>45</sup>. La falla probada del servicio es el fundamento y principal criterio de responsabilidad estatal en Colombia. Bajo esta modalidad, procede la indemnización cuando se ha presentado o sufrido un daño antijurídico que, conforme al ordenamiento, se prueba que existió un hecho u omisión del Estado, el cual generó el daño y, por último, que existe un nexo de causalidad entre la falla y el daño antijurídico sufrido<sup>46</sup>.

### **1.2.3 Nexo causal**

En el derecho administrativo es relevante la comprensión del nexo causal en la estructuración de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador, porque se encuentra ligado entre la causa que lo origina y el efecto o consecuencia en el daño. Así lo afirma Patiño cuando expresa que el nexo causal se entiende “como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño

---

<sup>44</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11], p.

<sup>45</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11], p. 106.

<sup>46</sup> HERRERA SILVA, Esmeralda. Aplicabilidad de la falla del servicio como criterio para endilgarle responsabilidad patrimonial al Estado colombiano en el caso de ataques y actos terroristas. Trabajo de grado Especialista en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho, 2015. 18 p.



probado (...) para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por su relación de causa – efecto”<sup>47</sup>.

En mismo sentido, Pastrana dice que corresponde a un puente entre las actuaciones u omisiones que tiene la administración pública y el daño cometido en el marco del ejercicio administrativo<sup>48</sup>. Al respecto, Ragonesi asegura que el nexo causal supone la existencia de una relación de causalidad entre la actividad de un sujeto, que puede ser activa u omisiva, y el resultado dañoso, el cual trae como efecto el nacimiento de la responsabilidad civil y su respectiva pretensión de indemnización<sup>49</sup>.

Por su parte, Herrera sostiene que el nexo causal es un imperativo determinante para identificar los tipos de perjuicios a reparar, es decir, que permite señalar el límite de la responsabilidad y, por ende, su incidencia en el *quantum* a indemnizar<sup>50</sup>. En mismo entendido, Cupis asegura que es relevante fijar estos montos en conformidad con los

---

<sup>47</sup> PATIÑO, Héctor. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Revista de Derecho Privado. 2008, no 14.

<sup>48</sup> PASTRANA SANTIAGO, Verónica. Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. Revista Vis Iuris. 2018, vol. 5, no 10.

<sup>49</sup> RAGONESI ESPARZA, Chiara. La relación de causalidad y el daño indemnizable en los supuestos de pérdida de la oportunidad. Pamplona: Universidad Pública de Navarra. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2015. Disponible en <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/18399/72401TFMRagonesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>50</sup> Herrera Montañez, Diego. El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad. Bogotá: Universidad El Rosario. Facultad de Jurisprudencia. 2016. Disponible en <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12539/EL%20DAN%CC%83O%20y%20EI%20NEXO%20CAUSA%20EN%20LA%20PE%CC%81RDIA%20DE%20OPORTUNIDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

imperativos legales: “El contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad”<sup>51</sup>.

Asimismo, Herrera define dos funciones lógicas del nexo causal. La primera es la imputación de daños a un agente como consecuencia de su accionar, pero entendiendo la imputación o *imputatio iuris* como “un factor valorativo que pertenece a la esfera de lo prescriptivo que se emplea para atribuir responsabilidad”<sup>52</sup>. La segunda función se refiere a determinar la reparación del daño, que corresponde a la forma como el responsable del daño cumple con su obligación de reparar a la víctima mediante el retorno al estado de cosas al hecho del daño.

En síntesis, el nexo causal se considera determinante para atribuir responsabilidad a la administración, ya sea por acción u omisión, cuando se genera un daño que ha sido debidamente probado. Es entonces la intrínseca vinculación entre la conducta u omisión que tiene la administración pública y que se lleva a cabo por sus agentes.

---

<sup>51</sup> Cupis, Adriano De. El daño: teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1975, p. 246.

<sup>52</sup> Herrera Montañez, Diego. El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad. Bogotá: Universidad El Rosario. Facultad de Jurisprudencia. 2016. Disponible en <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12539/EL%20DAN%CC%83O%20y%20EI%20NEXO%20CAUSA%20EN%20LA%20PE%CC%81RDIA%20DE%20OPORTUNIDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

## **2. PRINCIPALES ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

En principio, hay que recordar que la CC no tiene la facultad de declarar un reconocimiento patrimonial por omisión legislativa. Sin embargo, no menos cierto es el hecho que ostenta la facultad legal de determinar la existencia de la omisión del legislador frente al cumplimiento del mismo para actuar bajo los preceptos constitucionales en la elaboración de la ley.

Un primer acercamiento a la noción se centra en definir las 2 palabras: la primera es “omisión”, que en derecho es una conducta que consiste en la abstención de una actuación que constituye un deber legal; y la segunda es “legislativa”, dicho especialmente de un organismo que legisla<sup>53</sup>. De tal suerte que se está frente a la unión de dos conceptos del derecho que se fundamentan en una conducta concerniente a dejar de elaborar leyes por parte de agentes del Estado que tienen la obligación constitucional de realizarlas y que sean atemperadas a la constitución.

Sobre omisión legislativa, Báez manifiesta que:

Es la inactividad legislativa del legislador puede llegar a constituir una infracción a la Constitución al crear situaciones normativas contraria a ésta, principalmente por la falta de desarrollo de algún precepto constitucional. Esta inactividad puede llegar a

---

<sup>53</sup> MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime; CUBIDES CÁRDENAS, Jaime y MORENO TORRES, María Camila. análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro el ordenamiento jurídico de México y Colombia. Revista Estudios Constitucionales. 2017, no 2, pp. 229-272.

afectar la plena vigencia de la constitución, por lo que deben crearse mecanismos procesales idóneos para dar solución a problemas que la ausencia de la vigencia plena de la norma constitucional pueda acarrear.<sup>54</sup>

Siguiendo con el anterior razonamiento, Silva precisa lo siguiente:

En un futuro no muy lejano, tendrá que desarrollarse el problema de los efectos de la inconstitucionalidad por omisión, para lo que seguramente servirá la existencia de precedentes en casos de numerosas jurisdicciones. En relación con dicho tema, se tendrá que llegar a una solución equilibrada entre la función jurisdiccional y el papel del legislador.<sup>55</sup>

Estos aportes de la doctrina se enriquecen con lo señalado por la jurisprudencia en la concepción de omisión del legislador, que dice que la responsabilidad se origina en el “incumplimiento de una obligación que debió ejecutarse dentro de cierto término y con determinadas cualidades. Y para efecto de la responsabilidad (...) requiere, necesariamente, como lo dice el artículo 90 constitucional, que una acción o una omisión de una autoridad pública, cualquiera sea, cause un daño antijurídico”.<sup>56</sup>

En resumen, se puede decir que la noción de omisión del legislador podría estar ligada a la responsabilidad que tiene el Estado cuando, por

---

<sup>54</sup> BÁEZ SILVA, Carlos. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. CDMX: Boletín comparado de derecho mexicano. 2002, p. 94

<sup>55</sup> SILVA MEZA, Juan N., "Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los procesos constitucionales. 10 años de la novena época", Discursos, México, SCJN, 2005, p. 301

<sup>56</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

diferentes razones, deja de cumplir con la obligación de fijar o desarrollar normas infraconstitucionales que materialicen los postulados de la Carta Política. Por eso, cuando se causa un daño antijurídico y no se encuentra norma jurídica alguna que sustente el postulado constitucional o, que el mismo sea erróneo o incompleto, cabría la posibilidad que se configure una omisión del legislador en los términos del artículo 90 de la Carta Política.

De la misma manera, Peña se enfoca en hablar de una omisión legislativa inconstitucional, en el entendido que el silencio legislativo, ya sea total o parcial, genera consecuencias contrarias a la constitución, de ahí que deba señalarse su prohibición. Bajo esta perspectiva, es evidente el interés por determinar la relación con el daño antijurídico, el cual es generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Por esta vía, este autor identifica varias formas en que se materialice la omisión:

- Cuando teniendo un deber concreto establecido por el constituyente, decide abstenerse de expedir dicha norma.
- En la expedición de la ley que termina favoreciendo a unos sectores, pero perjudica a otros.
- Cuando se desarrolla una ley generada por una obligación constitucional, pero su construcción termina por excluir a un grupo de personas.

- Cuando desarrolla una ley, pero la misma omite un elemento esencial de carácter constitucional.<sup>57</sup>

Sobre estos elementos se caracteriza la omisión del legislador en absoluta y relativa. La primera se establece como la inexistencia de una norma que permita el desarrollo o cumplimiento de un precepto constitucional, con lo cual se generaría un efecto que es contrario a la Carta Política y el respectivo silencio del legislador.

### **2.1.1 Omisión legislativa absoluta**

La omisión legislativa se encuentra definida en la jurisprudencia de la CC como el incumplimiento del legislador frente a su obligación de expedir una regulación directamente relacionada con los preceptos constitucionales. Es pues, la absoluta inactividad del órgano legislativo, el Congreso de la República, para materializar en una norma infraconstitucional los principios, derechos y obligaciones de los ciudadanos<sup>58</sup>.

Si bien esta ausencia total determinaría una responsabilidad del Estado, se plantea por varios autores que la misma no puede ser objeto de análisis constitucional, dado que un silencio del legislador obedece a

---

<sup>57</sup> PEÑA, Óscar. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho colombiano [Tesis de grado]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2013.

<sup>58</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996. Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Humberto Sierra Porto.

una manifestación de su voluntad, lo que conlleva a la imposibilidad de un juicio de constitucionalidad<sup>59</sup>.

Al existir dicha ausencia absoluta, no existe un desarrollo legislativo ulterior a la promulgación de la Carta Política, inclusive cuando se tratan de casos análogos, con la consiguiente lesión del principio de igualdad. Tal es el caso, por ejemplo, de la interpretación constitucional dada al artículo 113 del Código Civil, relativo a la noción de matrimonio civil, el cual fue declarado exequible mediante sentencia C-577 de 2011<sup>60</sup>. En esta sentencia se debatió la demanda en relación con las parejas del mismo sexo, en tanto que se evidenció por este tribunal la omisión absoluta respecto a este tema.

En virtud de ello, la CC exhortó al legislador para que regule la materia, así: “**exhortar** al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”. (Negrita fuera del texto)

Bajo estos términos, se comprende la existencia de una omisión legislativa absoluta por parte de este tribunal. Valga aclarar que esta caracterización no quedó expresada tácitamente en la misma sentencia, pero se colige que sí quedó planteada implícitamente, pues no existiría

---

<sup>59</sup> MUÑOZ CHAMORRO, Carlos. Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia. Estudios de Derecho. 2017, vol. 74, no p. 29.

<sup>60</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 (26, julio, 2011). M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

otra razón para que la Corte Constitucional decidiera de fondo sobre el asunto.

Respecto a la omisión absoluta del legislador, Wessel manifiesta que esta “provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva, no sucediendo lo mismo en los casos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa”<sup>61</sup>. Algo similar ha expresado Bazán, quien subraya que en este tipo de omisiones se evidencia una total ausencia normativa, la cual debería “regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las omisiones relativas, el legislador al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros”<sup>62</sup>.

La omisión absoluta del legislador es fundamentalmente la ausencia completa de acción por parte de este poder que, basado en la libertad de configuración legislativa que le otorgó el constituyente primario, se abstiene de legislar sobre una materia del orden constitucional. En ese entendido, el desarrollo de la libertad configuradora legislativa es aquella facultad inmersa en el sistema colombiano y evidenciado plenamente por el constituyente en el contenido de la Constitución, que le otorga competencia al Congreso de expedir leyes pero no está delimitado en el tiempo, razón por la cual no se puede predicar el

---

<sup>61</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 (26, julio, 2011). M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>62</sup> BAZÁN, Víctor. "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en CARBONELL, Miguel (coord.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, México, UNAM, 2003, p.105.



incumplimiento a una obligación legal ni afirmar que por su no actuar configure un deber jurídico de elaborar leyes.

Existe entonces una libertad de configuración legislativa, que se encuentra supeditada al control de constitucionalidad con el fin de revisar si se realiza o no el derecho constitucional. Por ello, se plantea que el juez administrativo debería declarar una responsabilidad patrimonial del Estado como legislador “cuando la mencionada omisión ocasiona unos daños particulares, normalmente reivindicativos y no tanto declarativos, es decir, en búsqueda de la reparación de derechos que se dejaron de disfrutar y de aquellos que no se han ejercido debido a la ausencia de consagración legislativa en relación con la realización futura de derechos”<sup>63</sup>.

Esto comporta dos efectos básicos esenciales. El primero, que la Corte Constitucional se encuentra imposibilitada de llevar a cabo un juicio de constitucionalidad, en tanto la norma es inexistente. En segundo lugar, ante dicha imposibilidad, este tribunal puede exhortar al legislador para que regule sobre la materia objeto de examen.

En suma, la omisión absoluta del legislador puede ser generadora de responsabilidad del Estado cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) existencia de una norma constitucional que conmine al legislador para desarrolle una norma infraconstitucional; (ii) existencia de un hecho dañoso que pueda ser generado por dicho incumplimiento

---

<sup>63</sup> MARRUGO NÚÑEZ, Nubia. Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa. El caso: la mutilación sexual femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda – Colombia. Trabajo de grado Maestría en Derecho Procesal. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Facultad de Derecho, 2014. p. 52.

absoluto del legislador; (iii) generación de un daño antijurídico por efecto de dicha ausencia absoluta; y (iv) existencia de un nexo causal entre el daño y la omisión.

### **2.1.2 Omisión legislativa relativa**

La omisión legislativa relativa se refiere a los casos en los cuales el legislador actúa, pero esta acción resulta ser incompleta, defectuosa o parcial frente al postulado constitucional que le dio origen.

La CC ha planteado que se deben presentar ciertas características o requisitos para que se pueda considerar que una norma expedida por el legislador contiene una omisión legislativa relativa:

- a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias a aquellos casos, que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente; la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del Legislador.<sup>64</sup>

Respecto al incumplimiento del deber constitucional del legislador al tenor del análisis del incumplimiento de un deber constitucional, la misma corporación observa que en la elaboración de la ley se favorecen

---

<sup>64</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-427/00. Sala Plena. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

a ciertos grupos, o en el desarrollo de una norma el legislador excluye de forma expresa o tácita un grupo de ciudadanos de beneficios que otorgue una ley. También puede presentarse cuando omite una condición o ingrediente en la elaboración de una regla que sería esencial para armonizar con la Constitución Política.

Ejemplos claros de la omisión legislativa por vía de inconstitucionalidad han sido expresados por la Corte en la sentencia C-675 de 1999: “Pueden ser objeto de estudio por esta vía (acción de inconstitucionalidad) y, de hecho, ya lo han sido, las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos de violación al principio de igualdad o debido proceso (...).” Así mismo se pueden consultar las sentencias C-185 de 2002, C-284 de 2002, C-809 de 2002, C-836 de 2002 y C-528 de 2003.<sup>65</sup>

En otras palabras, la consecuencia jurídica frente a las omisiones legislativas relativas al tenor del ámbito constitucional es una sentencia integradora, aditiva o que condicione la interpretación de la norma que

---

<sup>65</sup> Se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta corporación ha dicho que este tipo de omisión “está ligado, cuando se configura, a una “obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta.

**OMISION LEGISLATIVA RELATIVA**-Elementos que la configuran: La demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, impone al actor demostrar lo siguiente: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislado.

veda la armonía con la Constitución Política y no la declara inexecutable “para evitar vacíos en el ordenamiento jurídico y de esta manera, conservar la labor del Legislador al mantener el precepto impugnado vigente, pero simultáneamente, garantizar la supremacía de la Constitución”<sup>66</sup>. Dicho en otras palabras, la Corte analiza el presupuesto de validez de una norma constitucional pero no la antijuridicidad del daño requisito principal para la declaratoria de responsabilidad.

### **2.1.2.1 Responsabilidad del Estado por omisión legislativa relativa**

Alonso y Leyva afirman que este tipo de omisión puede generar un daño antijurídico, producto de esta actuación imperfecta del legislador<sup>67</sup>, pero sin dejar de lado cuando esta reúna los presupuestos jurídicos del deber de legislar.

Para estos autores, el daño antijurídico nacido de las actuaciones u omisiones del legislador se presenta cuando la norma jurídica sea objeto de demanda por inconstitucionalidad, y como consecuencia de esta, sea declarada inexecutable, o cuando se presente una omisión en el desarrollo de una función atribuida por la constitución o mandato de autoridad con competencia para hacerlo. En todo caso, para que se dé el título de imputación en referencia se requiere que dicho daño sea antijurídico.

---

<sup>66</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996. Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Humberto Sierra Porto.

<sup>67</sup> ALONSO GARCÍA, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ, Eric. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. Revista Derecho del Estado n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 145-173, p. 169.

Al profundizar, Alonso y Leyva sostienen en su teoría que el daño antijurídico no encuentra su sustento en ser una conducta ilícita del legislador, sino en la aplicación de los principios de solidaridad e igualdad. Así, el daño antijurídico constituye la imposición de una carga superior a los asociados, quienes no están en capacidad de soportar: “No importa si estás son inconstitucionales o acordes con la Carta Política, si no existe norma (omisión legislativa absoluta), o si existe pero esta se encuentra incompleta (omisión legislativa relativa): lo único relevante es que la (...) omisión del legislador cree un daño antijurídico a los asociados”<sup>68</sup>.

En estos casos, la Corte Constitucional se declara competente para analizar la norma demandada y si esta fue desarrollada defectuosamente, para lo cual adelanta un proceso de confrontación de dicha norma con lo establecido por la Carta Política: “En este caso le corresponde al juez constitucional subsanar la omisión inconstitucional, mediante la ampliación del alcance del precepto legal impugnado, a supuestos de hecho no previstos por el legislador, proceso que se hace a través de una sentencia integradora”<sup>69</sup>.

En síntesis, la omisión legislativa relativa puede ser generadora de responsabilidad del Estado, siempre y cuando se presenten los siguientes factores: (i) norma constitucional que obligó al legislador a expedir otra de carácter infraconstitucional (ii) dicha expedición fuese

---

<sup>68</sup> ALONSO GARCÍA, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ, Eric. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. Revista Derecho del Estado n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 145-173, p. 168.

<sup>69</sup> GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016, 85.

incompleta o defectuosa por excluir un derecho o un grupo social y que por ese incumplimiento genere un hecho dañoso que es imputable al Estado; (iii) un daño antijurídico; (iv) un nexo causal entre este daño y la omisión relativa del legislador y (v) declaración de inconstitucionalidad por dicho fallo en la función legislativa.

Teniendo en cuenta los presupuestos jurídicos para que la autoridad judicial correspondiente declare una responsabilidad patrimonial al estado por omisión del legislador, ¿es posible predicar la responsabilidad del Estado por omisión legislativa relativa así no exista una norma constitucional que le asigne al Congreso regular una materia en un tiempo específico?

La respuesta a este interrogante es negativa. Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia 13002 del 1º de noviembre de 2001, dispuso que “la omisión como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado”, máxime con lo dispuesto al daño antijurídico.

En otras palabras, no es posible predicar la responsabilidad del Estado legislador por omisión relativa ante la falta de una norma constitucional que le asigne al Congreso regular una materia en un tiempo específico, como quiera que es requisito indispensable como conducta jurídica reprochable la preexistencia de una obligación al legislador de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado.

## 2.2 LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

La libertad de configuración legislativa corresponde al albedrío que tiene el poder legislativo para emitir o abstenerse de emitir normas, facultad otorgada desde la constitución.

Precisa Sarmiento que esta libertad de configuración le permite al legislador asumir varias conductas: abstenerse de regular situaciones ligadas a este deber constitucional (exclusión u omisión absoluta), regular parcialmente (omisión relativa) o regular en su totalidad<sup>70</sup>.

En sentencia C-407 de 1998, la Corte Constitucional (en adelante CC) frente a la libertad de configuración legislativa dispuso: “En múltiples ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre la libertad de configuración normativa del Legislador, la cual le permite una amplia discreción al momento de diseñar la configuración de los procedimientos y de las instituciones del Estado.

Respecto a la libertad de configuración legislativa, el CE manifestó que “la función legislativa no puede equipararse a obligación ni a deber jurídico, sino que se ejerce programáticamente”<sup>71</sup>

Un importante aporte lo ofrece también Eguiarte, quien subraya que la libertad de configuración del legislador no es absoluta o ilimitada, sino que tiene sus límites constitucionales en “la proporcionalidad y la

---

<sup>70</sup> SARMIENTO, Juan. La modulación de sentencias como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana. El caso de las parejas del mismo sexo. Revista de Derecho. 2012, no 37.

<sup>71</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

razonabilidad de sus disposiciones”<sup>72</sup>. Esto significa que la labor del legislador se debe centrar en la construcción de un andamiaje normativo que permita a las personas a alcanzar los fines constitucionales.

En el caso de Colombia, Muñoz dice que la omisión legislativa inconstitucional ha sido una de las figuras utilizadas por la CC para “controlar” la libertad de configuración que tiene el legislador, lo que ha conllevado a actúe como legislador positivo “mediante sentencias aditivas o integradoras que pretenden brindar completitud a la disposición demandada, sin llegar a expulsar la norma del ordenamiento jurídico”<sup>73</sup>. Esto comporta la existencia de una tensión entre el legislador y la CC, en la medida que el primero, por acción u omisión, no logra cumplir los cometidos constitucionales y, la segunda ejerce su función fiscalizadora de las normas infraconstitucionales, las cuales entra a confrontar con la misma Carta Política<sup>74</sup>.

De igual manera, la CC se ha pronunciado sobre la libertad de configuración legislativa, al precisar que esta tiene límites que se encuentran representados en el imperativo de “atender los principios y fines del Estado y de velar por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos”<sup>75</sup>. Conforme a esta perspectiva, la

---

<sup>72</sup> EGUIARTE MERELES, Carlos. La reelección y los límites de la libertad de configuración legislativa de los Estados. En: ESPÍNDOLA MORALES, Luis y FLORES, Rogelio. Coord. Diálogos democráticos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales. 2019. Disponible en [http://ieeq.mx/contenido/eventos/2019/archivos/libro\\_dialogos\\_democraticos.pdf#page=365](http://ieeq.mx/contenido/eventos/2019/archivos/libro_dialogos_democraticos.pdf#page=365)

<sup>73</sup> MUÑOZ CHAMORRO, Carlos. Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia. Estudios de Derecho. 2017, vol. 74, no 164.

<sup>74</sup> MUÑOZ CHAMORRO, Carlos. Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia. Estudios de Derecho. 2017, vol. 74, no p. 27.

<sup>75</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 (12, marzo, 2002). M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.



libertad de configuración legislativa debe atender un contenido garantista y, en caso contrario, sería una violación de los derechos fundamentales.

Para la Corte, esta potestad configurativa tiene entonces límites que requieren ser analizados por el legislador de manera sistemática y tomar como sustento los derechos establecidos en la Constitución Política: “La potestad de configuración del legislador para fijar limitaciones a los derechos constitucionales tiene alcances diversos, es más amplia o más restringida, en atención a la materia regulada, a los valores constitucionales relevantes en cada caso, al instrumento mediante el cual se adoptó la limitación y al contexto jurídico y empírico en el cual se inscribe”<sup>76</sup>.

En suma, la libertad de configuración legislativa se enmarca dentro de los fines esenciales del Estado, como una potestad del legislador para emitir leyes, abstenerse de emitirlas o de emitirlas parcialmente, conforme a la autonomía que la Constitución le ha dado. Esto, sin embargo, no es un poder absoluto sino relativo, pues sus actuaciones pueden ser fiscalizadas por la CC, que debe declararlas inexecutable o conminar al legislador para legisle sobre algún tema específico que revista un carácter constitucional.

---

<sup>76</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 (29, octubre, 2002). M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

### **3. CONTROVERSIAS DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL**

Una vez desarrollados los elementos teórico-conceptuales sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado por omisión del legislador, es menester analizar cómo se ha desarrollado esta figura en el derecho internacional y nacional. Para ello, se toma como referente tres casos: uno de carácter internacional “Italia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en adelante Tribunal Europeo, cuya influencia es decisiva para los casos que son objeto del presente estudio; y el caso nacional sobre la comunidad Emberá-Chamí.

#### **3.1 Caso Internacional (Italia): Directiva 80/987 del 20 de octubre de 1980/CEE**

El fallo del 19 de noviembre de 1991<sup>77</sup> declaró por primera vez la responsabilidad patrimonial de uno de sus Estados (Italia) en relación con la no inclusión (falta de adecuación) de la normativa comunitaria. Se trata de la Directiva 80/987/CEE del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario en Italia.

---

<sup>77</sup> PEÑA, Óscar. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho colombiano [Tesis de grado]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2013.

La Directiva 80/987 pretendía garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan en los Estados miembros. A este respecto, preveía en particular garantías específicas para el pago de sus créditos impagados en lo que se refiere a la retribución.

La situación fáctica de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991 se suscitó en dos asuntos acumulados el C-6/90 y C-9/90<sup>78</sup>. En estas, **el problema jurídico** que se planteó fue la presunta violación del derecho comunitario por parte de un Estado miembro por no haber adaptado el derecho nacional a la Directiva 80/987 dentro del plazo señalado: “Frente al Estado miembro que ha incumplido sus obligaciones, la normativa comunitaria para obtener las garantías que el propio Estado debía asegurar y, en cualquier caso, reclamar la indemnización de los daños sufridos en lo que respecta a las disposiciones que no reúnan dichos requisitos”<sup>79</sup>.

El tribunal consideró este problema desde dos perspectivas, por un lado respecto del efecto directo de las disposiciones de la Directiva que definen los derechos de los trabajadores, y por otro en relación con la

---

<sup>78</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, de 19 de noviembre de 1991. los dos casos acumulados son: 1. El Sr. Francovich, parte del litigio principal en el asunto C-6/90, había trabajado para la empresa «CDN Elettronica sne» en Vicenza y no había percibido a cambio más que anticipos esporádicos sobre su salario. 2. En el asunto C-9/90, la Sra. Danila Bonifaci y otras treinta y tres trabajadoras por cuenta ajena interpusieron una demanda ante la Pretura de Bassano del Grappa, indicando que habían prestado sus servicios en la empresa «Gaia Confezioni srl», declarada en quiebra el 5 de abril de 1985. Los hechos anteriores al parecer quebrantaban lo contenido en la Directiva 80/987

<sup>79</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 19 de noviembre de 1991.

existencia y el alcance de la responsabilidad del Estado por los daños resultantes del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario, bajo los principios del tratado “responsabilidad del Estado”.

El tribunal enmarcó tres requisitos<sup>80</sup> para la indemnización o resarcimiento económico, e identificó en la Directiva la atribución de derecho a favor de particulares. Además, se estableció un nexo de causalidad entre el daño y la imputabilidad al Estado incumplidor<sup>81</sup>, al resolver lo siguiente:

1. Las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que definen los derechos de los trabajadores, deben interpretarse en el sentido de que los interesados no pueden invocar esos derechos contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado.

---

<sup>80</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 19 de noviembre de 1991 determino Así, para determinar dicha responsabilidad estatal, el Tribunal dispuso que se cumplieron los tres requisitos a saber:

El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas

<sup>81</sup> GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016, 85.p. 51.

2. Un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE<sup>82</sup>. (SIC)

Para el Tribunal Europeo, el Derecho Comunitario es incompatible con la imposibilidad o difícil obtención de reparación de un daño. En efecto, se dice que los daños podrán ser indemnizables, aun cuando se presenta el inconveniente de determinar a cuál poder legislativo (si existen varios) se debe proponer la imputación del daño cuando su génesis está en el legislador, ya sea autonómico o nacional. Con esta determinación, se comprende que la omisión absoluta del Estado legislador se aplica al fallar a favor de los demandantes, obteniendo la respectiva indemnización, la cual quedó en cabeza del mismo Estado ante el respectivo incumplimiento legislativo empresarial.

En resumen, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo ha sido clara en señalar que los ciudadanos de los Estados miembros pueden “exigir de las autoridades nacionales –de todas ellas, incluso de sus respectivos parlamentos-, la reparación de los perjuicios derivados de la ausencia o incorrección por parte de las mismas en la transposición del Derecho Comunitario europeo”<sup>83</sup>. La razón es porque la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado CECA, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas

---

<sup>82</sup> GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016, 85.p. 51.

<sup>83</sup> PEÑA, Óscar. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho colombiano [Tesis de grado]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2013. 13.

para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho comunitario.

En este asunto, versa la importancia de la existencia de una norma clara que obligue a la expedición de normas y que el incumplimiento de esa obligación genera responsabilidad.

Se entiende la transposición como la inclusión de la normativa comunitaria válida al interior de la legislación de los Estados. Si en estos prevalece una omisión absoluta del Estado legislador, entra a operar la normativa comunitaria como parte integral de su legislación.

De acuerdo con esta postura, es evidente que la normativa comunitaria posibilita la protección de derechos a favor de particulares, reconoce responsabilidad del Estado por omisión del legislador cuando debía elaborar la reglamentación de la Directiva 80/987 dentro del plazo señalado. El Tribunal Europeo es el encargado de establecer la regla para la protección de tales derechos laborales, al evidenciar la falla en el servicio, en este caso por omisión (ausencia de regulación interna) y la existencia de un daño antijurídico indemnizable por ser cierto, determinado y determinable, al igual que la relación o nexo de causalidad entre la falla de la administración y el daño.

En este caso, para nuestro concepto la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable reúne los presupuestos prevalentes para que se declare en cualquier estadio la responsabilidad patrimonial. Aquí se evidencia la presencia de los dos sujetos: El que tiene el deber, en este caso **el Estado legislador de Italia**, que tenía una obligación

expresa de garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan en los Estados miembros. A este respecto, prevé garantías específicas para el pago de sus créditos impagados en lo que se refiere a la retribución, tal y como lo dispone el artículo. Los Estados miembros debían establecer las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adecuarse a la Directiva en un plazo que expiró el 23 de octubre de 1983 y a la fecha de la providencia, el 19 de noviembre del 1991, el Estado legislador de Italia no había elaborado una ley que garantizara a los trabajadores el mínimo comunitario de protección.

El segundo sujeto es “el que tiene el derecho correlativo a ese deber”<sup>84</sup>. Para el caso en estudio son **los trabajadores**, que tenían el derecho de que se garantizara por cuenta del Estado este mínimo comunitario.

### **3.2 Caso nacional “Emberá Chamí”**

El caso al que nos referimos está explicado en la investigación “La mutilación sexual femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda”, elaborada por la doctora Nubia Mildreth Marrugo Núñez. La autora fundamenta su defensa en la omisión del legislador al no elaborar una ley que prohíba la práctica de la ablación en niñas de la Comunidad Embera Chamí, cuando se encuentran apenas en sus primeros meses de nacidas, y que dicha omisión causa un daño irreparable a esa

---

<sup>84</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

comunidad, por lo que se requiere de una articulación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Jurídico Nacional para tramitar el procedimiento y nivel de responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa absoluta<sup>85</sup>.

Marrugo Núñez considera que hubo omisión del legislador porque no se realizó una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones que salvaguarde la integridad de estas mujeres en los términos establecidos en el artículo 246 de la Carta Política: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

De esta forma, enfoca su argumento desde la órbita constitucional, que predica que la función jurisdiccional de los pueblos indígenas no debe ser contrario a la ley, y mucho menos a la Constitución, razón en su parecer justa para inferir que la norma prevista en el artículo 246 no se cumplió por parte del legislador y se evidencia en la no elaboración de una ley que salvaguarde la integridad y vida de niñas de la comunidad Emberá Chamí. Además, argumenta que sin duda alguna la omisión del legislador genera un daño irreparable a un grupo de mujeres desde temprana edad, pues un buen porcentaje de ellas han perdido la vida

---

<sup>85</sup> MARRUGO NÚÑEZ, Nubia. Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa. El caso: la mutilación sexual femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda – Colombia. Trabajo de grado Maestría en Derecho Procesal. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Facultad de Derecho, 2014.



tras la ablación, así como también les coartan la sensación de placer cuando crecen, lesionando su integridad física y moral.

Para Marrugo, estos son elementos suficientes para afirmar la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, dado que la omisión del legislador hace que se lleven a cabo prácticas al interior de las comunidades indígenas que son violatorias de los derechos humanos: la ablación a las niñas Emberá Chamí supone una tensión por la violencia que se ejerce sobre el cuerpo, la sexualidad y el espíritu, frente a las costumbres ancestrales de esta comunidad indígena, que defienden que esta práctica asegura la fidelidad y el aumento de placer sexual masculino<sup>86</sup>.

De esta tesis, se puede inferir que existe una perspectiva de ponderación de derechos más que un análisis juicioso que segregue los componentes de una declaración de responsabilidad patrimonial, pues tal como lo ha expresado el Consejo de Estado, “la omisión estatal” como causa de imputación del daño indemnizable exige, de una parte, la presencia de dos sujetos: 1. El que tiene el deber y 2. El que tiene el derecho correlativo a ese deber<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> MARRUGO NÚÑEZ, Nubia. Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa. El caso: la mutilación sexual femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda – Colombia. Trabajo de grado Maestría en Derecho Procesal. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Facultad de Derecho, 2014p. 99.

<sup>87</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Así pues, es determinante analizar con profundidad el sujeto que tiene el deber”, iniciando con el siguiente enunciado: “la función legislativa no puede equiparse a obligación ni a deber jurídico. La función legislativa como regla general se ejercerá programáticamente; los cometidos estatales que se buscan con la ley no son, en principio, de ejercicio inmediato y concomitante con el apareamiento de la Carta Fundamental”<sup>88</sup>. En otras palabras, el Congreso de la República de Colombia goza de la libertad de configuración legislativa que corresponde al albedrío para emitir o abstenerse de emitir normas para desarrollar el deber constitucional.

Esto significa que la labor del legislador se debe centrar en la construcción de un andamiaje normativo que permita a las personas alcanzar los fines constitucionales.

Por lo anterior, es necesario retrotraer el concepto ya expresado respecto de la libertad de configuración legislativa, que se enmarca dentro de los fines esenciales del Estado, como una potestad del legislador para emitir leyes, abstenerse de emitir las o de emitir las parcialmente, conforme a la autonomía que la Constitución Política le ha dado.

Para dar solución al ejemplo de la ablación en la comunidad indígena Embera Chamí, es necesario aclarar que en el ordenamiento colombiano la función legislativa como regla general se ejercerá

---

<sup>88</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

programáticamente. Por tanto, es indiscutible indicar la no coexistencia del sujeto “el que tiene el deber” y predicar la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable en el caso, por cuanto el actuar del legislador no es el que produce el daño. Entonces, no se contiene el primer requisito de toda forma de imputación de responsabilidad estatal bajo las concepciones de este escrito, debido a que el legislador no tiene el deber o la obligación de legislar para este ejemplo, como consecuencia de la libertad de configuración legislativa que la misma Constitución del 91 le facultó. Por ello, es viable indicar que la tesis propuesta no tiene argumentos de peso para inferir el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano.

## **4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA**

En este aparte, se hará un estudio de las contribuciones jurisprudenciales en Colombia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, partiendo de la base que el punto de conexión se encuentra en el artículo 90 constitucional, que establece la responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico imputado, bien sea por acción o por omisión de los agentes del Estado, como norma general.

### **4.1 Sentencia C-038 de 2006 de la Corte Constitucional frente a la responsabilidad del estado por omisión legislativa**

En torno a la responsabilidad del Estado por omisión del legislador, hasta el momento la Corte Constitucional no ha desarrollado una jurisprudencia ni se ha pronunciado exclusivamente frente a la responsabilidad del Estado legislador por omisión. Solamente se ha referido a este concepto en una oportunidad, en la sentencia C-038 de 2006. Esta providencia se originó por la acción pública de inconstitucionalidad que interpuso el ciudadano Félix Hoyos Lemus en contra del artículo 86<sup>89</sup> del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, el cual establece que: “Artículo 31. Acción de reparación directa. El artículo 86 del Código

---

<sup>89</sup> Ley 446 de 1998, artículo 86. acción de reparación directa. Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Contencioso Administrativo, quedará así: "Artículo 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa".

A juicio del actor, el legislador, al regular la acción de reparación directa, incurrió en una omisión por no incluir expresamente entre los supuestos que dan lugar a la interposición de dicho remedio procesal la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Considera el actor que tal omisión legislativa es inconstitucional, debido a que el artículo 90 de la Carta prevé la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por todos los daños antijurídicos que le sean imputables, originados en la acción u **omisión** de cualquier autoridad pública, término genérico que incluye al poder legislativo.

El problema jurídico que estudió la Corte consistió en determinar la supuesta omisión en que incurrió el legislador al regular los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa. En primer lugar, si se presentó la figura de la responsabilidad del Estado por omisión del legislador o la responsabilidad por el hecho del legislador a la luz del ordenamiento constitucional colombiano.

Frente al mencionado problema jurídico, la Corte aseguró que los elementos que fundan el régimen de responsabilidad se establecen en el daño antijurídico y la imputación al Estado que no es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como "el perjuicio que es provocado a

una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana”.<sup>90</sup>

Sin embargo, la posición de la Corte en la misma sentencia fue señalar que “el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la “calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa” (subrayado en el original)<sup>91</sup>.

Finalmente, la Corte Constitucional afirmó: “La jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la Sección Tercera **ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa**”. (Negrillas fuera del original)

Lo anterior implicó un cambio sustancial en el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes, pues la responsabilidad estatal ya no descansaría en la calificación de la conducta, sino en la calificación del daño, es decir en los efectos y no en los actores (legislador, principalmente). Así pues, para reclamar daños antijurídicos por la omisión del legislador frente al título de imputación de falla en el servicio, es un requisito indispensable establecer el primer sujeto quien tiene el deber. En este caso, es el

---

<sup>90</sup> El Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

<sup>91</sup> Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: “No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un **“daño antijurídico”**, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar” (negrillas fuera del texto original).

incumplimiento del Estado frente a los administrados, razón por la cual esta providencia no será procedente desde la perspectiva de este título de imputación en el contexto colombiano.

Aunado a ese argumento, la Corte Constitucional manifiesta en la sentencia *ejusdem* que esta responsabilidad no es absoluta, es decir que el hecho de declarar la inconstitucionalidad de una norma no implica *per se* que tenga como efecto una responsabilidad patrimonial del Estado, y *contrario sensu*, cuando se determina la responsabilidad patrimonial del Estado, esto no significa que ello tenga su razón de ser en la inconstitucionalidad de una norma. Lo dicho plantea que ambas instituciones son independientes y tienen definidas sus propias reglas de interpretación, y que dependiendo de la relevancia dada a cada uno de estos elementos, el otro se subsume a dicha interpretación.

En esta misma sentencia, la Corte consideró lo siguiente:

“Las expresiones “hecho” y “omisión” no se restringen a los imputables a una autoridad administrativa, sino que incluirían la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas. Esta segunda interpretación resulta conforme a la Constitución, razón por la cual debe ser adoptada, pues permite adaptar el texto legislativo demandado al mandato del artículo 90 constitucional”<sup>92</sup>.

Dadas estas circunstancias, es evidente que para la Corte su posición defiende sin duda alguna la procedencia en Colombia de la declaración

---

<sup>92</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996. Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Humberto Sierra Porto.

de responsabilidad patrimonial del estado frente a las omisiones del legislador.

#### **4.2 Sentencia 13002 del 1° de noviembre de 2001 del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa.**

El Consejo de Estado ha sido reacio en reconocer la responsabilidad patrimonial por omisión legislativa, como se evidencia en sentencia 13002 del 1° de noviembre de 2001, relativo al caso planteado por el señor Oswaldo Patascoy, quien trabajaba en una entidad del Estado en calidad de secretario del sindicato de trabajadores y fue despedido sin mediar justificación alguna. Como consecuencia de ello, interpuso acción de reparación directa por omisión del legislador al no reglamentar el artículo 39 de Carta Política<sup>93</sup>, que en síntesis reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. Pese a ello, la situación incoada por el demandante infería que se ha impedido que las respectivas autoridades judiciales le reconozcan los debidos derechos y garantías relativas al fuero sindical.

En este caso, el sustento jurídico del demandante versa en considerar la omisión en la reglamentación por parte del Congreso del artículo 39

---

<sup>93</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA de Colombia.: Artículo 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.



constitucional y de la adecuación del Código de Procedimiento Laboral. Por lo anterior, argumenta que procedería decretar responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio.

Respeto de lo requerido, el Consejo de Estado afirmó lo siguiente:

La omisión como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado. Y la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable exige, de una parte, la presencia de dos sujetos - el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber - y la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero) – artículo 90 Constitución<sup>94</sup>.

En estos términos, el Consejo de Estado profundizó su decisión al argumentar que en primera medida debe considerarse que para la existencia de un daño antijurídico debe comprenderse dos elementos. El primero es “el que tiene el deber” frente a la presunta omisión por parte del legislador, como requisito indispensable debe existir una obligación expresa dentro del texto constitucional del artículo 39 que le indique al legislador que dentro de un determinado tiempo debe desarrollarlo. No obstante, el artículo 39 constitucional no le indica al legislador un término definido para que reglamente la materia. Por lo anterior, el Consejo de Estado se preguntó cómo aseverar que esa omisión le generó un daño antijurídico, cuando precisamente lo no

---

<sup>94</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

legislado carece de materia porque el orden jurídico no le ha señalado una consecuencia.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado predica el que es evidente la inexistencia del daño como quiera que si no se configura los elementos para determinar la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable, se deben denegar las súplicas de la demanda.

Nótese que, en el marco de las consideraciones, no se analizó lo pedido por el demandante respecto al título de imputación, al considerar que procedía la falla en el servicio, y de forma clara y tajante se predicó que para el contexto colombiano, bajo los presupuestos del daño en la omisión del legislador, es inadmisibles su procedencia. De hecho, el único artículo de la Constitución que contiene un deber enmarcado en un tiempo es el 341 inciso 3 que de forma expresa lo indica y que sí tiene una consecuencia jurídica cuando no legisla en tiempo delimitado por la constitución. Se trata de la pérdida de la facultad para proferir el Plan Nacional de Inversiones fuera de dicho término y traslada esa competencia al Gobierno Nacional.

De lo dicho por el Consejo de Estado, es pertinente dejar claro desde ya que la omisión como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado, razón por la cual no se puede reprochar una conducta jurídica que da lugar a la omisión cuando el elemento de “el que tiene el deber” no se configura en el ordenamiento colombiano. En ese sentido, esta corporación consideró:

“La Carta Fundamental contiene disposiciones que son de aplicación inmediata y no requieren de reglamentación, por su propio contenido; o porque otras veces su materia contiene previsiones mínimas y máximas que permiten su aplicación práctica; o porque su materia debe desarrollarse por otra autoridad distinta al Congreso; y/o porque el Congreso no está obligado a expedir las normas legales que desarrollarán la Carta Política en un preciso término. Lo anterior significa que, por lo general, LA FUNCIÓN LEGISLATIVA no puede equiparse a OBLIGACIÓN ni a DEBER JURÍDICO. La función legislativa en principio se ejercerá programáticamente”<sup>95</sup>.(sic)

Estos argumentos son lo suficientemente claros para afirmar que en el contexto colombiano la función legislativa se ejerce programáticamente, y como consecuencia de ello no puede probarse “una obligación” o “un deber jurídico de elaborar leyes dentro de un término de tiempo previsto”, máxime cuando en el contenido de la misma sentencia infiere que solo existe una excepción y que dicha excepción no causa daño a los administrados porque solo lesiona el ordenamiento objetivo. Razón para afirmar que la regla general es que el Estado colombiano no debe responder patrimonialmente por la omisión del legislador, salvo cuando una norma constitucional le asigna al Congreso la obligación de expedir una ley en una materia determinada y en determinado tiempo. Otro aspecto importante de la sentencia analizada, tiene que ver con las implicaciones frente a la inexecutableidad de una norma:

---

<sup>95</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

“No puede concluir que la necesidad de reglamentación legal, que apareció sólo con la declaratoria de inexecuibilidad por parte de la Corte Constitucional del inciso 1º del artículo 409 del C. S del T – y no como lo afirmó el demandante – constituya omisión legislativa”<sup>96</sup> y tenga nexo de causalidad con la desvinculación de que fue objeto el señor Patascoy. En el evento hipotético de que la declaratoria de inexecuibilidad hubiese sido anterior a la separación del empleo del señor Patascoy a servicio del HIMAT, y de que esa necesidad no suplida se considerara OMISIÓN, tampoco se podría concluir el nexo de causalidad con el daño afirmado por el demandante”<sup>97</sup>.

Lo anterior permite inferir que la declaración de inexecuibilidad no es un requisito de configuración de responsabilidad patrimonial del Estado, la configuración de la omisión del legislador consiste en que este tenga su deber de hacerlo. Además de ello, debe causar un daño por dicha omisión al particular, así como debe existir un nexo causal, pero se reitera con verdad que si no se cumple con el primer requisito del “deber jurídico de legislar” es evidente que en el contexto de responsabilidad patrimonial no es procedente predicar la existencia de una omisión. En ese sentido, el Consejo de Estado expresó lo siguiente:

En consecuencia, si por lo general no existe DEBER del legislador para expedir normas, también por lo general no existe DERECHO CORRELATIVO DE LOS ADMINISTRADOS para obtener de los jueces y a su favor la declaratoria de

---

<sup>96</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>97</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

responsabilidad por OMISIÓN DEL LEGISLADOR. Es más, si quien demanda la responsabilidad extracontractual *“por omisión del legislador”* no tiene o posee antes de demandar una situación jurídicamente protegida o por la ley o por el derecho *¿cómo aseverar que esa omisión le generó un daño antijurídico, cuando precisamente lo no legislado carece de materia porque el orden jurídico no le ha señalado una consecuencia?*<sup>98</sup>

En cambio, se puede afirmar que la omisión legislativa en Colombia no otorga un título de imputación determinado, simplemente confiere un derecho subjetivo (o facultad jurídica) al legislador para elaborar las leyes de forma programática.

Es claro que las diferencias aquí planteadas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado muestran una tensión intensa. Sin embargo, como ya quedó argumentado, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa no es procedente, como bien lo expresó el Consejo en la sentencia 13002:

“Las funciones legislativas que la Constitución Política de 1991 otorgó al Congreso en los artículos 114 y 150, no se delimitaron en el tiempo y no están concebidas desde un punto de vista obligacional. Por ello la no producción de normas legales por el Congreso, y para desarrollar la Constitución, no está sancionada jurídicamente con un efecto. Sólo la competencia del Congreso, prevista en el inciso 3º del artículo 341 Constitucional sí tiene una consecuencia jurídica, cuando no se ejercita en tiempo y se relaciona en la expedición del Plan Nacional de Inversiones. En

---

<sup>98</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

ese caso la Constitución sí sanciona la omisión legislativa con la pérdida de la competencia material del Congreso en ese año, por el no ejercicio de la función en ese término de tres meses, para expedir la ley de aprobación al Plan Nacional de Inversiones Públicas, y además transmite esa competencia al Gobierno nacional. Esa misma norma hace ver que la sanción o consecuencia de la omisión legislativa en expedir, mediante ley, ese plan de inversiones no causa daño particular a los administrados; sólo lesiona el ordenamiento objetivo que prevé que esa competencia constitucional es primigenia del Congreso pero para ejercerla”.<sup>99</sup>

Por lo tanto, para esta corporación, dentro de la Constitución Política de 1991 no se delimitó en el tiempo y no está concebidas desde un punto de vista obligacional la elaboración de leyes, razón suficiente para afirmar que la omisión predicada como regla general es la no responsabilidad del Estado legislador por omisión.

En este sentido, se comparte la posición planteada por el Consejo de Estado, no solamente por la falta de delimitación de la obligación de legislar en la Carta Política, sino también porque esta es de aplicación directa, no requiere de desarrollo legislativo o reglamentario para que sus preceptos sean respetados y puestos en práctica. En efecto, la Constitución contiene artículos que no requieren de una disposición para la aplicación directa o reglamentación por la naturaleza de su propio contenido.

---

<sup>99</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Frente a la aplicación inmediata de la Constitución, Rojas sostiene que se impone como norma jurídica, lo cual trae consigo un conjunto de efectos como la posibilidad de que las normas constitucionales puedan ser aplicadas de forma directa, en tanto que se descarta la exigencia de mediación de leyes para que produzca efectos jurídicos<sup>100</sup>.

Frente a la aplicación de la Constitución, el Consejo de Estado en la sentencia dispuso:

“La Carta Fundamental contiene disposiciones que son de aplicación inmediata y no requieren de reglamentación, por su propio contenido; o porque otras veces su materia contiene previsiones mínimas y máximas que permiten su aplicación práctica; o porque su materia debe desarrollarse por otra autoridad distinta al Congreso; y/o porque el Congreso no está obligado a expedir las normas legales que desarrollarán la Carta Política en un preciso término.

Lo anterior significa que, por lo general, la función legislativa no puede equiparse a obligación ni a deber jurídico. La función legislativa en principio se ejercerá programáticamente; los cometidos estatales que se buscan con la ley no son, en principio, de ejercicio inmediato y concomitante con el apareamiento de la Carta Fundamental”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Medinaceli Rojas, Gustavo. La aplicación directa de la Constitución. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2013. 114 p. Serie Magíster, No. 134.

<sup>101</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

Sin duda alguna, la Carta Política es la norma superior dentro del ordenamiento colombiano, y que de ello se desprende la no obligación del legislador.

Finalmente, un caso hipotético que demuestre la excepción a la regla general consistente en que el Estado colombiano no debe responder por omisión del legislador, se configuraría cuando se tramite una reforma constitucional que establezca que el Congreso debe legislar sobre una materia determinada en un tiempo y modo específico, para que proceda en este sentido la responsabilidad del Estado en virtud del régimen subjetivo.

El otro caso hipotético, es cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado cambie su concepción del concepto “Omisión del legislador” y no incluya los dos sujetos de imputación del daño antijurídico, el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber”, y desconozca la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado, para que la misma pueda ser aceptada bajo el título de imputación objetivo.



## 5. CONCLUSIONES

A la pregunta de si el Estado colombiano es patrimonialmente responsable por falta de desarrollo normativo de la Constitución Política, considero que la postura adecuada es la asumida por el Consejo de Estado, que dispone como regla general que el Estado no debe responder por la omisión del legislador debido a que este tiene libertad de configuración legislativa, la cual le otorga la facultad para expedir o no leyes.

En virtud de lo anterior, se concluye que el Consejo de Estado niega la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador, según lo dispuesto por el constituyente primario cuando le ha otorgado plenas facultades y autonomía legislativa al Congreso de Colombia. Para este tribunal, es entendible que el legislador no desarrolle leyes dentro de un término no previsto, de ahí que no se puede endilgar responsabilidad patrimonial, en tanto es una muestra de su independencia y libertad configurativa. Se comparte esta postura porque se considera que el Congreso reúne a los representantes de la sociedad ante el Estado y que obrar en contra, es decir condenar al legislador, resultaría inapropiado porque sería como negar la voluntad que el constituyente primario le confirió a aquel.

El análisis de caso a nivel internacional, la mayor evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por omisión se encuentra en el Tribunal Europeo, en el que se manifiesta que el Estado sí debe responder patrimonialmente en aquellos casos en los cuales se

emiten leyes que no resuelven la esencia de lo establecido en la normativa comunitaria dentro del tiempo previsto. Esta postura sí está presente en el caso de Italia que lo tiene contemplado en su normativa constitucional interna y que en el caso colombiano podría ser considerado si el constituyente hubiere dispuesto la temporalidad en la función legislativa colombiana, pero no fue dispuesta.

Finalmente, hasta el momento no hay un caso en el cual se haya declarado la responsabilidad del Estado por omisión del legislador en Colombia, sin embargo si la Corte Constitucional ordenara expresamente legislar dentro de un término específico al Congreso en torno a un tema, habría lugar a analizar la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, frente a la práctica de la ablación en la comunidad Emberá Chamí, si el Legislativo no lo hiciera dentro del tiempo determinado, al causar perjuicios a mujeres de esta comunidad como consecuencia de su omisión, podría pensarse en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por omisión del legislador.

## 6. REFERENCIAS

ALONSO GARCÍA, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ, Eric. La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. Revista Derecho del Estado n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 145-173, p. 168.

ARENAS URIBE, Carolina y JIMÉNEZ USCÁTEGUI, Mariángela. La responsabilidad del estado por el hecho del legislador. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias jurídicas. Departamento de Derecho Público. Santa Fe De Bogotá, D.C. 2001, p. 112.

ARMENTA ARIZA, Angélica. El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación. Revista Vía Iuris. 2008, no. 6, pp. 88-112.

BÁEZ SILVA, Carlos. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. CDMX: Boletín comparado de derecho mexicano. 2002, p. 94

BAUTISTA, Cristian & DÍAZ, Jorge. Responsabilidad estatal derivada de la función legislativa en Colombia [Tesis de grado]. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. 2006, p. 68.

BAZÁN, Víctor. "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado"

CARBONELL, Miguel (coord.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, México, UNAM, 2003, p.105.

CIFUENTES, Rafael Julián. La responsabilidad del Estado – legislador: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación. Univ. Estud. Bogotá (Colombia). 2016, no. 14, pp. 73-92.

COLOMBIA, Corte Constitucional de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996. Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-427/00. Sala Plena. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 16 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 13002 (1, noviembre, 2001). C. P. María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 (12, marzo, 2002). M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 (26, julio, 2011). M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 (29, octubre, 2002). M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 528 (9, marzo, 1964). Por el cual se dictan normas sobre organización judicial

y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE Colombia artículo 39 que a texto reza:  
Artículo 39.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886. art. 151.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. art. 90.

CUPIS, Adriano De. El daño: teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1975, p. 246.

EGUIARTE MERELES, Carlos. La reelección y los límites de la libertad de configuración legislativa de los Estados. En: ESPÍNDOLA MORALES, Luis y FLORES, Rogelio. Coord. Diálogos democráticos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales. 2019. Disponible en [http://ieeq.mx/contenido/eventos/2019/archivos/libro\\_dialogos\\_democraticos.pdf#page=365](http://ieeq.mx/contenido/eventos/2019/archivos/libro_dialogos_democraticos.pdf#page=365)

GONZÁLEZ, Olga Cecilia. La omisión legislativa como hecho generador de responsabilidad patrimonial del Estado. Revista Verba Iuris, 11(35): 41-63. 2016.

GUECHÁ MEDINA, Ciro. La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. [en línea]. 2012, vol. XV, no. 29 [citado 2019-10-11],

HENAO PEREZ Juan Carlos. La Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, evolución jurisprudencial (1864-1990). 2 tomos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

HERRERA MONTAÑEZ, Diego. El daño y el nexos causal en la pérdida de oportunidad. Bogotá: Universidad El Rosario. Facultad de Jurisprudencia. 2016.

HERRERA SILVA, Esmeralda. Aplicabilidad de la falla del servicio como criterio para endilgarle responsabilidad patrimonial al Estado colombiano en el caso de ataques y actos terroristas. Trabajo de grado Especialista en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho, 2015. 18 p.

IRISARRI BOADA, Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Trabajo de grado Maestría. Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000. 89 p.

JIMÉNEZ, William. Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. Revista Diálogo de Saberes. 2013, no. 38, pp. p. 69.

LEY 446 de 1998, artículo 86. acción de reparación directa. Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998.

MARRUGO NÚÑEZ, Nubia. Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa. El caso: la mutilación sexual femenina en la comunidad Embera Chamí de Risaralda – Colombia. Trabajo de grado

Maestría en Derecho Procesal. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Facultad de Derecho, 2014. p. 52.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime; CUBIDES CÁRDENAS, Jaime y MORENO TORRES, María Camila. análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro el ordenamiento jurídico de México y Colombia. Revista Estudios Constitucionales. 2017, no 2, pp. 229-272.

MEDINACELI ROJAS, Gustavo. La aplicación directa de la Constitución. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2013. 114 p. Serie Magíster, No. 134.

MUNEVAR, Claudia. Criterios de imputación del Estado por daños jurídicos en materia ambiental. *Advocatus*. 2017, vol. 14, no 27, p. 43.

MUÑOZ CHAMORRO, Carlos. Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia. *Estudios de Derecho*. 2017, vol. 74, no 164.

PASTRANA SANTIAGO, Verónica. Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Vis Iuris*. 2018, vol. 5, no 10.

PATIÑO, Héctor. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. *Revista de Derecho Privado*. 2008, no 14.

PEÑA, Óscar. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho colombiano [Tesis de grado]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2013.

PREVOT, Juan. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. Revista Chilena de Derecho Privado. 2010, no 15, pp. 143-178.

RAGONESI ESPARZA, Chiara. La relación de causalidad y el daño indemnizable en los supuestos de pérdida de la oportunidad. Pamplona: Universidad Pública de Navarra. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2015. Disponible en <https://academica.e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/18399/72401TFMRagonesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la lengua española. Disponible en <https://www.rae.es/>

RODRÍGUEZ Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Bogotá, Colombia: Temis, p. 525

RODRÍGUEZ MORA, Sandra. La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado. Trabajo de grado Magíster en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2012. 118 p.

RODRÍGUEZ MORA, Sandra. La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado. Trabajo de grado Magíster en Derecho



Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, 2012.

SARMIENTO, Juan. La modulación de sentencias como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana. El caso de las parejas del mismo sexo. Revista de Derecho. 2012, no 37.

COLOMBIA, Corte Constitucional Sentencia C-043 de 2004.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 19 de noviembre de 1991 determino Así, para determinar dicha responsabilidad estatal, el Tribunal dispuso que se cumplieron los tres requisitos a saber:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, de 19 de noviembre de 1991.

SERRANO ESCOBAR, Luis. & TEJADA RUIZ, Claudia. La responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014.

SILVA MEZA, Juan N., "Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los procesos constitucionales. 10 años de la novena época", Discursos, México, SCJN, 2005, p. 301

SUÁREZ, Daniel. Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. Disponible en <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/18-19/8-RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL%20DEL%20ESTADO.pdf>.