

La responsabilidad del Estado con ocasión a las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991

Diana Marcela Peña Cuellar

Astrid Daniela Vidal Lasso

Jesús David Puyo Cárdenas

Para citar este artículo:

Peña, D.M., Vidal, J.D. y Puyo, J.D. (2022). La responsabilidad del Estado con ocasión a las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. *Vía Iuris*, (32), 1-35. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a6>

PUBLICACIÓN ANTICIPADA EN LINEA (Versión previa a la corrección de estilo y diagramación).

La Revista Vía Iuris informa que este artículo fue evaluado por pares externos y aprobado para su publicación en las fechas que se encuentran en la siguiente página. Este documento puede ser descargado, citado y distribuido, no obstante recuerde que en la versión final pueden producirse algunos cambios en el formato o forma

La responsabilidad del Estado con ocasión a las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 *

Diana Marcela Peña Cuellar **

Astrid Daniela Vidal Lasso ***

Jesús David Puyo Cárdenas ***

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2021

Fecha de evaluación: 15 de diciembre de 2021

Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2021

Para citar este artículo:

Peña, D.M., Vidal, J.D. y Puyo, J.D. (2022). La responsabilidad del Estado con ocasión a las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. *Vía Iuris*, (32), 1-35. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a6>

*El presente artículo es resultado del proyecto de investigación denominado: “La responsabilidad del Estado y el control de constitucionalidad” desarrollado por el Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. (Periodo 2020-I y II). Florencia, Caquetá, Colombia.

Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a magister en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios. Docente de la Universidad de la Amazonia, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. Florencia, Colombia. **Correo electrónico: d.pena@udla.edu.co. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2161-9430>. **Google scholar:** <https://scholar.google.com/citations?user=tgiLePMAAAAJ&hl=es>

***Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a magister en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la misma Universidad. Docente de la Universidad de la Amazonia. Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia, Directora Regional Caquetá de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Florencia, Colombia. **Correo electrónico:** a.vidal@udla.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9257-2190>. **Google scholar:** <https://scholar.google.es/citations?user=haDoY68AAAAJ&hl=es>

****Estudiante de quinto semestre del Programa de Derecho de la Universidad de la Amazonia y miembro del Grupo de Investigación FIBIDE de la misma casa de estudios. Florencia, Colombia. **Correo electrónico:** je.puyo@udla.edu.co. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5996-0717>. **Google scholar:** https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=Jx_8Y-UAAAAJ

La responsabilidad del Estado con ocasión a las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991

Resumen

La Constitución de 1991 generó contenidos obligacionales a las ramas del poder público y estableció los elementos de la responsabilidad del Estado. Al Congreso le endilgó la obligación de formular las leyes y a la Corte Constitucional, ser guardiana e intérprete de la Constitución, por lo que, tiene la facultad de declarar la existencia de omisiones legislativas y exhortar a la rama legislativa a proferir leyes en virtud de salvaguardar la supremacía constitucional, tal como sucede con el derecho fundamental a morir dignamente. En consecuencia, la pregunta de investigación que se planteó es *¿De qué manera la Constitución colombiana de 1991 y las sentencias exhortativas de la Corte Constitucional prevén un contenido obligacional que permite declarar la responsabilidad del Estado con ocasión a la existencia de una omisión legislativa?*, para dar respuesta a este interrogante se empleó una metodología de tipo cualitativo con base en fuentes primarias y secundarias, atendiendo al análisis jurisprudencial de sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. El estudio permitió concluir que, en los eventos en que la Corte le ha otorgado un plazo al Congreso para regular ciertos asuntos, y si al paso del tiempo, la omisión persiste, es procedente buscar la responsabilidad estatal en la medida que su contenido obligacional estuvo delimitado temporalmente y además respaldado por situaciones fácticas constitutivas de daño antijurídico.

Palabras clave: Control constitucional; Muerte digna; Omisión legislativa; Responsabilidad del Estado; Congreso de la República; Corte Constitucional.

The responsibility of the state due to legislative omissions based on the political constitution of Colombia of 1991

Abstract

The 1991 Constitution generated mandatory content for the branches of public power and established the elements of State responsibility. It entrusted to Congress the obligation to formulate laws and the Constitutional Court, to be guardian and interpreter of the constitution, therefore, it has the power to declare the existence of legislative omissions and urge the legislative branch to pass laws by virtue of safeguarding the constitutional supremacy, as happens with the fundamental right to die with dignity. Consequently, the research question that was posed is: In what way does the Colombian Constitution of 1991 and the exhortative judgments of the Constitutional Court provide an obligatory content that allows declaring the responsibility of the State on the occasion of the existence of a legislative omission? To answer this question, a qualitative methodology was used based on primary and secondary sources, taking into account the jurisprudential analysis of judgments of the Constitutional Court and the Council of State. The study allowed us to conclude that, in the events in which the Court has granted a term to Congress to regulate certain matters, and if, over time, the omission persists, it is appropriate to seek state responsibility, to the extent that its mandatory content was delimited temporarily and also supported by factual situations constituting unlawful damage.

Key Words Constitutional control; Dignified death; Legislative omission; State responsibility; Congress of the Republic; Constitutional Court.

La responsabilidad de l'État à l'occasion d'omissions législatives de la Constitution politique de la Colombie de 1991

Résumé

La Constitution de 1991 a créé un contenu obligatoire pour les branches du pouvoir public et a établi les éléments de la responsabilité de l'État. Le Congrès s'est vu confier l'obligation de formuler des lois et la Cour constitutionnelle, d'être le gardien et l'interprète de la Constitution, par conséquent, il a le pouvoir de déclarer l'existence d'omissions législatives et d'exhorter le pouvoir législatif à promulguer des lois en vertu de la sauvegarde de la suprématie constitutionnelle, comme c'est le cas du droit fondamental de mourir dignement. Par conséquent, la question de recherche qui a été soulevée est de savoir comment la Constitution colombienne de 1991 et les sentences exhortatives de la Cour constitutionnelle prévoient un contenu obligatoire qui permet de déclarer la responsabilité de l'État à l'occasion de l'existence d'une omission législative. , une méthodologie qualitative a été utilisée basée sur des sources primaires et secondaires, basée sur l'analyse jurisprudentielle des jugements de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État. L'étude nous a permis de conclure que, dans les événements où la Cour a accordé au Congrès un mandat pour réglementer certaines matières, et si au fil du temps, l'omission persiste, il convient de rechercher la responsabilité de l'État, dans la mesure où son contenu obligatoire a été temporairement délimité et également étayé par des situations factuelles constitutives de dommages illicites.

Mots clés : Contrôle constitutionnel ; mort digne; Omission législative; responsabilité de l'État; Congrès de la république; Cour constitutionnelle.

A responsabilidade do Estado por omissões legislativas da Constituição Política da Colômbia de 1991

Resumo

A Constituição de 1991 criou conteúdo obrigatório para os poderes públicos e estabeleceu os elementos de responsabilidade do Estado. Ao Congresso foi confiada a obrigação de formular leis e ao Tribunal Constitucional, o guardião e intérprete da Constituição, portanto, tem o poder de declarar a existência de omissões legislativas e exortar o Poder Legislativo a promulgar leis em virtude da salvaguarda da supremacia constitucional, como é o caso do direito fundamental de morrer com dignidade. Consequentemente, a questão de pesquisa que foi levantada é como a Constituição colombiana de 1991 e as sentenças exortativas do Tribunal Constitucional fornecem um conteúdo obrigatório que permite declarar a responsabilidade do Estado por ocasião da existência de uma omissão legislativa? , utilizou-se uma metodologia qualitativa baseada em fontes primárias e secundárias, com base na análise jurisprudencial de sentenças do Tribunal Constitucional e do Conselho de Estado. O estudo permitiu concluir que, nas hipóteses em que a Corte concedeu prazo ao Congresso para regular determinadas matérias, e se ao longo do tempo a omissão persistir, é cabível buscar a responsabilidade estatal, na medida em que seu conteúdo obrigatório foi delimitada temporariamente e também sustentada por situações de facto constitutivas de dano ilícito.

Palavras-chave: Controle constitucional; morte digna; Omissão legislativa; Responsabilidade do Estado; Congresso da República; Corte Constitucional.

Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991 representó un cambio en el modelo de Estado, por lo que surgieron nuevas instituciones -entre ellas judiciales tal y como lo fue la Corte Constitucional-, se determinó la existencia de los elementos de la responsabilidad del Estado y estableció, entre otros, contenidos obligacionales para las diferentes ramas del poder público.

La Corte Constitucional, se encuentra regida bajos los artículos 239 al 244 del texto superior, allí, se establecen funciones y la organización de esta. Dentro aquellas atribuciones asignadas se encuentran la de ser garante y vigía de la norma de normas, creando así un contenido obligacional; en tal sentido, este Tribunal Supremo, dentro de su actuar expide diferentes tipos de sentencias, entre ellas, sentencias exhortativas. Mediante estas sentencias la Corte le indica a la rama legislativa el deber de regular o modificar la normatividad acerca de determinado tema en aras de garantizar la supremacía constitucional, tal es el caso del derecho fundamental a morir dignamente.

Ahora, el Congreso de la República se encuentra regulado desde el artículo 132 hasta el 187 en la Constitución, teniendo como principal función la expedición de las leyes nacionales configurando también un contenido obligacional.

Por su parte, la responsabilidad del Estado comienza su auge a partir del artículo 90 constitucional ya que se expresa que tanto por acción o por omisión y partiendo de la atribución de un daño antijurídico se endilga responsabilidad a las entidades públicas.

Así las cosas, desde la esfera constitucional la Corte en virtud de sus funciones y a través de sentencias exhortativas ha emitido ordenes al congreso de la república para la regulación de circunstancias o aspectos fundamentales para la constitución de derechos a nivel constitucional, tal y como lo estableció en la Sentencia C-239 de 1997, en la que examinó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del Código Penal de la época, el cual describía el tipo penal: “*Homicidio por piedad*”. En esa ocasión, la Sala Plena de dicha Corporación señaló que cuando el homicidio por piedad cuenta con el consentimiento del sujeto pasivo la conducta no

es antijurídica y, por ende, no puede derivarse responsabilidad penal para el médico autor. En consecuencia, declaró exequible la disposición acusada, al mismo tiempo, estableció la necesidad de que se regularan las formas de expresar el consentimiento y la ayuda a morir, por consiguiente, *exhortó* al Congreso para que “en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”.

La dignidad humana ha sido concebida dentro del Estado social de derecho según la Corte Constitucional en sentencia SU062-99, “como el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana” (Corte Constitucional, Rad. Interno T- 168219, 1999, p .9). Por consiguiente, el morir dignamente ha sido un tema debatido e interpretado por la Corte Constitucional.

El Consejo de Estado, en sentencia del 13 de marzo de 2018 (Rad. Interno 28769) ha sostenido que existen tres eventos en los que es posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: i) el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, ii) la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares y iii) por la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexequibilidad; no obstante, la posición jurisprudencial no ha sido pacífica, ya que, no ha reconocido la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en virtud de omisiones legislativas por considerar que la Constitución no le estableció al Congreso un contenido obligacional delimitado temporalmente.

Por lo anterior, esta investigación tiene como pregunta de investigación ¿De qué manera la Constitución colombiana de 1991 y las sentencias exhortativas de la Corte Constitucional prevén un contenido obligacional que permite declarar la responsabilidad del Estado con ocasión a la existencia de una omisión legislativa? Como objetivo general, se pretende estudiar como la constitución colombiana de 1991 y las sentencias exhortativas de la Corte Constitucional prevén un contenido obligacional que permite declarar la responsabilidad del Estado con ocasión a la existencia de una omisión legislativa.

Para ello, se estructuraron tres objetivos específicos: i) determinar el concepto y tipologías de omisión legislativa; ii) formular un análisis jurisprudencial de las sentencias emanadas por la Corte Constitucional en casos sobre el derecho fundamental a morir dignamente y iii) analizar la responsabilidad del Estado por hecho del legislador u omisiones legislativas a partir de sentencias del Consejo de Estado.

Metodología

La metodología desarrollada fue de tipo cualitativo con base en fuentes primarias y secundarias, atendiendo al análisis jurisprudencial donde se toma como punto arquimédico de apoyo para el caso de la Corte Constitucional, la sentencia T-060 de 2020 de la cual realizando ingeniería en reversa se detectó como nicho citacional las sentencias, T-721 de 2017, T-544 de 2017, T- 423 de 2017, T- 970 de 2014, C- 239 de 1997 y para el Consejo de Estado, se analizaron las sentencia del 01 de noviembre de 2001 (Rad. Interno 13002), sentencia del 13 de marzo de 2018 (Rad. Interno 28769), sentencia del 11 de abril de 2018 (Rad. Interno 27437), sentencia del 18 de octubre de 2018 (Rad. Interno 28870), sentencia del 14 de diciembre de 2018 (Rad. Interno 29849), sentencia del Consejo de Estado del 10 de abril de 2019 (40301). Para el desarrollo de los temas y subtemas a trabajar, la investigación se inclinó por una de tipo documental o bibliográfica descriptiva al analizar y estudiar la responsabilidad del Estado por funciones estrictamente legislativas de cara con las omisiones legislativas, lo que implicó profundizar en descripción de características, particularidades y, además, observar el comportamiento de esta figura desde el punto de vista jurisprudencial.

Resultados y discusión

Omisiones legislativas

Entendiendo a la Constitución como el “instrumento que, al consagrar principios liberales fundamentales (derechos fundamentales y división de poderes), funciona como base del sistema normativo que rige una comunidad” (Báez, 2002, p. 6), por lo que se le ha dotado de una supremacía dentro del sistema de las fuentes jurídicas de un Estado como el colombiano.

En palabras de López (2011), “la Constitución de Colombia de 1991 varió los conceptos de constitucionalismo e instauró de manera inequívoca la idea de supremacía directa de la Constitución y la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos, con argumentos basados en el texto constitucional sin intermediación legal” (p. 170).

De esta manera, se explica que “más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones” (Báez, 2002, p.7). Es así que todos quienes conforman los órganos del poder público están sujetos a la supremacía constitucional, por lo que, en el caso del legislador a quien se le atribuyó la función de formular las leyes, cuando no lo hace puede incurrir en omisión legislativa, definida esta, en palabras de Rubén Hernández Valle, como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación” (Hernández, 2006, p. 5).

Aunque esta concepción presenta varios defectos, ya que exige que la omisión se haya producido “durante un tiempo excesivamente largo” y que sea “de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo”, pues son dos criterios que de una manera u otra restringen la posibilidad ampararse esa supremacía constitucional (Hernández, 2006).

Otra concepción más amplia de la Omisión Legislativa:

La abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales, independientemente de que sean de obligatorio y concreto desarrollo y del tiempo transcurrido desde su promulgación. Esta definición permite, por ejemplo, que los Tribunales Constitucionales puedan tutelar más adecuadamente algunos derechos fundamentales, como el principio de igualdad ante la ley.

En todo caso debe indicarse que la omisión legislativa no es sinónimo de laguna, pues “a diferencia de la laguna, la omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o principio constitucional” (Hernández, 2006, p.6).

Así las cosas, resulta oportuno señalar algunos ordenamientos constitucionales desde el punto de vista comparado, con la finalidad de observar el desarrollo histórico de las omisiones legislativas inconstitucionales y resaltar la existencia de algunas disposiciones jurídicas encaminadas a corregirlas.

En la entonces república ex socialista de Yugoslavia el 21 de febrero de 1974, Bazan (2003) expresa que se introdujo en el texto constitucional un sistema de inconstitucionalidad por omisión, de esta manera se estableció en su artículo 377, la obligación del Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia de constatar que si el órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, estando obligado a ello, el tribunal debía dar conocimiento de tal situación a la Asamblea, es decir, al órgano legislativo para que este expida las leyes necesarias para otorgarle plena eficacia a los preceptos constitucionales.

En Alemania, se ha implementado la llamada “*queja constitucional*” que ha desarrollado una importante dogmática jurisprudencial en su Tribunal Constitucional al definir las omisiones legislativas en absolutas y relativas y relacionándolas con la violación o vulneración de los derechos fundamentales, como quiera que, si estos están reconocidos en la norma superior, el

ciudadano no está obligado a soportar los efectos de la inactividad del legislador.

En Portugal, el artículo 377 de la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia sirvió de modelo para regular dicha figura. Fue así como en la Constitución portuguesa de 1982 tras varios años de revolución y de múltiples reformas, se estableció la inconstitucionalidad por omisión.

Cabe destacar que, en el caso de Brasil y algunos Estados de México, según Wessel (1952), la avanzada legislación constituye un control y reglamentación de las omisiones legislativas que sirven de referente para los demás ordenamientos que afrontan este fenómeno jurídico.

En el caso del colombiano, se aprecia que es la Corte Constitucional colombiana la máxima defensora de la Constitución y la guardiana de derechos fundamentales que por mandato del constituyente de 1991, se le confía la integridad y supremacía de la Carta Política, por lo tanto sus decisiones tienen la finalidad de ejercer control de constitucionalidad, ya sea de manera abstracta o concreta sobre leyes, tratados internacionales, decisiones judiciales y otras competencias reconocidas por la carta magna; y en su ejercicio la Corte Constitucional ha declarado la existencia de inconstitucionalidades por omisión a cargo Congreso de la República.

Ahora, retornando al estudio de las omisiones legislativas, cabe resaltar que las mismas han sido objeto de clasificación, tal es así que “la doctrina italiana distingue entre omisión absoluta y omisión relativa. La inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia de normativa por parte del Parlamento para dar actuación al "mandato al Legislador" (Rubio Llorente, citado por Hernández, 2006), el cual puede ser expreso o implícito.

En otros términos, según Hernández (2006) existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto constitucional que allí sólo se encuentra delineado en

sus rasgos más generales. En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierta cuestión, omite respetar el principio de igualdad ante la ley.

Es así como, la tipología de las omisiones legislativa, con referencia a la clásica distinción entre omisiones absolutas y relativas, y las consecuencias que en cuanto a su control se anudan a uno y otro tipo, verdadero punto en el que *Bundesverfassungsgerichts*, formulador de la célebre distinción, apoyaría la trascendencia de su clasificación, constituye otro aspecto de trascendental relevancia en el momento de discernir la posibilidad de fiscalización de la aquiescencia del poder legislativo de precisar la vía más idónea de control.

Así las cosas, la caracterización jurídica de lo que es una omisión constitucionalmente relevante y, por ello mismo, susceptible de control, es otra cuestión dogmática de relevancia, en la que, el Tribunal Constitucional con el propósito de mantener la supremacía de la constitución y aplicar las normas, se ve inmiscuido en funciones atribuidas al legislador y al ejecutivo.

Descendiendo al caso colombiano, en el transigir de la interpretación de la carta política de 1991, se observa que en varias oportunidades la Corte Constitucional le sugiere (e incluso le ordena) al Congreso de la República actuar en determinado sentido ante la inactividad legislativa o para remediar vacíos o lagunas normativas, algunos de estos, a modo de ejemplo son, el fallo de la inconstitucionalidad del Concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede (C. Decisión Const. C-027 de 1993), la despenalización del consumo de la dosis personal (C. Decisión Const. C-221 de 1994), la legalización de la eutanasia (C. Decisión Const. C-239 de 1997), la protección del derecho a la inviolabilidad parlamentaria de los congresistas (C. Decisión Const. C-239 de 1997), la inconstitucionalidad de la prohibición de aumento de salarios de los funcionarios del Estado (C. Decisión Const. 1433 de 2000), la despenalización del aborto en Colombia (C. Decisión Const. C-355 de 2006), entre otras.

En el caso particular y con la finalidad de desarrollar el problema de investigación partiendo de un estudio de caso, se torna pertinente plantear en las siguientes líneas los

parámetros constitucionales en los cuales se ha desatado la eutanasia, haciendo especial referencia al derecho fundamental a morir dignamente de niños, niñas y adolescentes.

Estudio de caso: marco normativo y desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la muerte digna en Colombia

Frente a la regulación del derecho fundamental a la muerte digna a nivel internacional se encuentra la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente de 1981, en el ámbito interno, se resalta el Decreto 100 de 1980; la Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud, sobre los Comités Éticos Hospitalarios y los derechos de los pacientes; la Ley 1733 de 2014 que regula los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles; la Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, que trata sobre los Comités Científicos- Interdisciplinarios y la muerte anticipada y la Circular 23 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social, que da instrucciones respecto de la garantía de los derechos de los pacientes que requieren cuidados paliativos.

Por su parte, a nivel jurisprudencial, se realizó un análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana, encontrando como punto arquimédico de apoyo la sentencia T-060 de 2020 en la cual haciendo ingeniería en reversa se detectó como nicho citacional las sentencias T-721 de 2017, T-544 de 2017, T- 423 de 2017, T- 970 de 2014, C-239 de 1997.

Así las cosas, del estudio realizado, se desata que la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-239 de 1997 examinó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del Código Penal de la época, el cual describía el tipo penal: “*Homicidio por piedad*”. En

esa ocasión, la Sala Plena de dicha Corporación señaló que cuando el homicidio por piedad cuenta con el consentimiento del sujeto pasivo la conducta no es antijurídica y, por ende, no puede derivarse responsabilidad penal para el médico autor. En consecuencia, declaró exequible la disposición acusada, al mismo tiempo, estableció la necesidad de que se regularan las formas de expresar el consentimiento y la ayuda a morir, por consiguiente, *exhortó* al Congreso para que “en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”.

Posteriormente, este mismo Tribunal emitió la Sentencia T-970 de 2014, donde revisó la acción de tutela formulada por una mujer que solicitaba la protección de sus derechos a la vida y a la muerte digna. En dicha providencia, se ordenó a la EPS adelantar el procedimiento de eutanasia, debido a que padecía cáncer de colon, con diagnóstico de metástasis y en etapa terminal. En sede de revisión, la Corte hizo precisiones terminológicas y señaló que para el procedimiento de la eutanasia deben concurrir los siguientes elementos:

- i. el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal;
- ii. el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente que en todos los casos debe ser un médico;
- iii. debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes.

Después de hacer algunas precisiones sobre la forma de realización del procedimiento eutanásico y otros conceptos relacionados con la muerte digna, la Sala resaltó que a pesar de la importancia de lo decidido en la sentencia C-239 de 1997 habían transcurrido más de 17 años sin que el Legislador regulara el derecho a la muerte digna y subrayó que:

(...) la garantía y efectividad de los derechos no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Sin duda es un actor muy importante en la protección de los derechos fundamentales, pero la Constitución, siendo norma de normas, es una norma jurídica que incide directamente en la vida jurídica de los habitantes y se debe utilizar, además, para solucionar casos concretos. (Corte Constitucional. C-239 de 1997)

Así mismo reiteró el carácter fundamental del derecho a morir dignamente fundado en su estrecha conexidad con la dignidad humana y el sustrato axiológico que subyace al derecho, esto es, una noción de la vida más amplia que el concepto de subsistencia vital, y su carácter autónomo e independiente, pero relacionado con la vida y otros derechos, interpretación que está respaldada además con los debates adelantados en la Asamblea Nacional Constituyente.

En este mismo sentido, en la sentencia T-322 de 2017 la Corte estudió el caso de un adulto mayor de 91 años que solicitó se le practicara el procedimiento previsto en la Resolución 1216 de 2015. Sin embargo, tal petición le fue negada por no cumplir los requisitos exigidos en la mencionada resolución.

Posteriormente, en la providencia T-423 de 2017, la Corte revisó los fallos de tutela que decidieron la acción formulada por una madre actuando como agente oficiosa de su hija mayor de edad, en la que se solicitó como medida de protección de los derechos a la salud y a morir dignamente de su representada, la práctica del procedimiento de eutanasia y se ordenara a la E.S.E. y E.P.S. crear el Comité Científico Interdisciplinario en un término no superior a un mes, el cual permitiera que el procedimiento se adelantara en el lugar de su residencia y no tuviera que desplazarse a otra ciudad. En el análisis de la regulación del derecho a la muerte digna, la Sala reconoció que, si bien:

La Resolución 1216 de 2015 significó un valioso avance para la regulación del derecho fundamental a morir dignamente en el ordenamiento jurídico colombiano, existen falencias que deben ser subsanadas por el ente rector de la política pública en materia de salud, con el fin de evitar que las normas queden en simplemente escritas. (Corte Constitucional. T-423 de 2017).

En particular, destacó la falta de claridad sobre el procedimiento a seguir cuando una I.P.S. además de no contar con la infraestructura para garantizarlo, se encuentra ubicada en zonas geográficas apartadas o con poca disponibilidad de médicos especialistas; la falta de

previsión de mecanismos de control previos a la conformación del comité técnico científico y, por ende, la necesidad de que el Ministerio de Salud adelante el control de las actuaciones desde el momento de la solicitud que el paciente hace a su médico tratante.

De igual forma, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-544 de 2017, al revisar el caso de un menor de edad que padecía diversas enfermedades que le provocaban graves sufrimientos, situación frente a la cual sus padres solicitaron a la E.P.S. adelantar la valoración prevista en la Resolución 1216 de 2015 para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de su hijo, sin embargo, la petición no obtuvo respuesta. No obstante, en el trámite de la acción de tutela la accionada respondió que no podía adelantar la valoración requerida, pues no se aportó concepto médico que respaldara la solicitud.

Para resolver el caso, pese al fallecimiento del menor, la Corte Constitucional hizo referencia, en primer lugar, a los criterios de interpretación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tales como la igualdad y no discriminación, la defensa de su interés superior, la efectividad y prioridad absoluta y la participación solidaria.

En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional destacó la necesidad de adoptar decisiones inmediatas para contrarrestar las barreras para materializar el derecho fundamental a la muerte digna de niños, niñas y adolescentes, y en tal sentido advirtió del vacío normativo que agudizó el sufrimiento del menor, urgiéndose “la intervención del juez constitucional para evitar que otros NNA sean víctimas de un trato cruel e inhumano derivado de la negación de su derecho a morir dignamente, el cual incluye determinar si concurren las condiciones para hacer efectivo el procedimiento de eutanasia” (Corte Constitucional, Rad. Interno T-6.084.435, 2017, p. 56).

Por lo anterior, se resaltó la necesidad de regular el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes, aplicando un enfoque diferencial, por profesionales expertos:

Para obtener y valorar el consentimiento, de acuerdo con el nivel de desarrollo psicosocial, emocional y cognitivo, la obligatoriedad del consentimiento concurrente de los

padres y las particularidades del consentimiento sustituto expresado por padres o representantes legales -para lo cual debe diseñarse un mecanismo-, caso en el cual la valoración que se haga deberá ser más estricta y poner en conocimiento de las autoridades competentes cualquier conducta de investigación o sanción penal; la comparecencia de expertos en medicina, derecho y psicología en los Comités Científicos Interdisciplinario; tener en cuenta como criterios transversales a toda la normatividad que se expida: a) prevalencia de la autonomía del paciente, b) celeridad, c) oportunidad e d) imparcialidad.

Así las cosas, la Corte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud adelantar las investigaciones a que hubiese lugar frente a las conductas asumidas por la E.P.S. Salud; al Ministerio de Salud y Protección Social presentar un proyecto de ley dentro del año siguiente a la expedición de la providencia, que proponga la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y niños, niñas y adolescentes. Y finalmente, reiteró el exhorto al Congreso de la República para que en 2 años emitiera la regulación del derecho a morir dignamente considerando lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional.

Lo anterior, fue reiterado en la sentencia T- 721 de 2017 en la que nuevamente la Corte Constitucional reiteró el exhorto al Congreso de la República efectuado en cuatro oportunidades a través de las sentencias C-239 de 1997, T-970 de 2014, T-423 de 2017 y T-544 de 2017, para que se proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los criterios normativos y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia en esta providencia. Teniendo en cuenta la importancia y trascendencia del tema, los derechos a la vida y a la muerte digna tienen reserva de ley estatutaria y por ello deben ser regulados de manera integral por esta rama del poder público.

En ese orden de ideas, el derecho fundamental a morir dignamente es un derecho innominado dentro del ordenamiento jurídico colombiano que ha sido producto de un desarrollo jurisprudencial desde el año 1997. Tal como lo ha mencionado la Corte, ese derecho guarda íntima relación con los derechos a la vida -en condiciones de dignidad-, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y al libre desarrollo de la personalidad, empero, la Corte sostiene su tesis: el Congreso de la República es el principal órgano llamado a reglamentar este derecho en el uso de sus atribuciones constitucionales y potestad de configuración legislativa, por lo que, ante su inactividad, se puede apreciar la existencia de una omisión legislativa.

La responsabilidad del Estado: el contenido obligacional derivado de la Constitución de 1991 y las omisiones legislativas.

Debido al respaldo del constituyente del año 1991, la responsabilidad del Estado pasó de predicarse únicamente del ejercicio de actividades ajenas a la administración, es decir, entre terceros particulares y civiles, para también ocuparse de las actividades generales de la administración en un intento por regular las potestades de la rama ejecutiva, judicial y por supuesto, legislativa.

A interpretación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el artículo 90 de la Constitución colombiana destaca la necesidad de la existencia de dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.

En relación con la responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de la función de producir normas de carácter general, impersonal y abstracto, los antiguos límites vinieron

dispuestos por la equidad y la protección de la confianza.

De este modo, la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo, está fundamentada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución, principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento (Corte Constitucional, Rad. Interno expediente D-5839, 2006, p.18).

En virtud del desarrollo de la responsabilidad del Estado por la expedición de leyes, han existido diferentes obstáculos para su configuración tal como lo señalan Arenas Uribe y Jiménez (2001) al exponer:

- a. *La ley como la manifestación más alta de la soberanía del estado*: Se estimó entonces que el legislador a diferencia del juez y del administrador, no se encontraba sujeto a la ley y se llegó a afirmar que la ley que causara perjuicios era la expresión de la voluntad general y por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño.
- b. *La ley no podría violar stricto sensu derechos pre – existentes y por tanto, el legislador no puede alterar derechos garantizados por la constitución*: El legislador no podía nunca cometer arbitrariedades en sentido jurídico, debido a que sustentar lo contrario, sería afirmar que no tiene el derecho de cambiar las leyes preexistentes.
- c. *Carácter General de la ley*: Debido al carácter general que ostenta la ley y en virtud del cual crea situaciones jurídicas impersonales y abstractas no se podía configurar la especialidad del daño como requisito para su indemnización. Según esta disposición se concluyó que la ley no agrede situaciones jurídicas concretas, de tal manera que si en su aplicación se generaban perjuicios, estas configuraban cargas que los administrados

estaban obligados a soportar.

Por su parte, el Consejo de Estado, como tribunal de cierre de la especialidad contenciosa, ha venido adoptando ciertas tesis jurídicas con relación a la responsabilidad estatal por hechos del legislador, de las que se resaltar, la sentencia del 13 de marzo de 2018 (Rad. Interno 28769) proferida por la Sala Plena de dicha corporación, en la que analizó lo concerniente a la declaratoria de responsabilidad del Estado por hecho del legislador con relación a tasa especial por servicios aduaneros –en adelante, TESA- consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarados inexequibles por la Corte Constitucional. En dicha providencia, el Consejo efectuó un análisis histórico de su jurisprudencia en diferentes términos de los que se rescata para efectos de este escrito las siguientes tesis:

De los eventos en que el Estado puede ser declarado responsable por el hecho del legislador se cuenta con pronunciamientos en tres escenarios:

- i. El rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas:* En la sentencia de 25 de agosto de 1998⁵, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo encontró responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6 de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena, que reconoce inmunidad a los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia.
- ii. La defraudación del principio de confianza legítima de los particulares:* en sentencia de 29 de julio de 2013⁶, que la responsabilidad del Estado puede verse comprometida cuandoquiera que el legislador deroga normas o disposiciones que reconocen incentivos o beneficios a los particulares previo el cumplimiento de ciertos

⁵ Exp. II-001, C.P. Jesús María Carrillo, reiterada luego en las sentencias de 28 de septiembre de 2012, exp. 24.630, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y de 9 de octubre de 2013, exp. 30.286, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶ Exp. 27.228, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Esta providencia fue reiterada y profundizada en la sentencia de la misma Subsección de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

requisitos, sin tener en cuenta, mediante la creación de un régimen de transición, la situación de todas aquellas personas que al momento de la derogatoria no tenían un derecho adquirido, pero sí la expectativa legítima y razonable de que podrían acceder a tales beneficios por tener proyectos en ejecución y por haber cumplido con todas las exigencias normativamente impuestas para el efecto, aunque en el caso concreto denegó las pretensiones por considerar que la parte actora no acreditó la vulneración de dichas expectativas, esto es, el daño.

iii. La desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecutable: En sentencia de 26 de septiembre de 2002, sostuvo que para determinar si el daño causado por la ley era antijurídico o no, era indispensable atenerse a los efectos que la misma Corte había decidido atribuir a la declaratoria de inexecutable⁷ en concordancia con lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996⁸ y siguiendo la jurisprudencia constitucional⁹, asunto que determinaba si había lugar a acceder a las pretensiones elevadas en el caso concreto¹⁰.

En el mismo sentido, al resolver una acción de grupo, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que, en los casos de daños derivados de leyes declaradas inexecutable, su antijuridicidad se determinaba por los efectos de la sentencia de inexecutable (CES de 12 de junio de 2003), criterio que tiene, en principio, tres implicaciones:

⁷ Como en ese caso la declaratoria de inexecutable de la ley no tuvo efectos retroactivos y la misma Corte avaló tal entendimiento, se consideró que no había lugar a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

⁸ Según el cual “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

⁹ Se citan las sentencias C-113 de 1993 y C-037 de 5 de febrero de 1996 –mediante la cual se revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia que se convertiría en la Ley 270 de 1998.

¹⁰ Como en ese caso la declaratoria de inexecutable de la ley no tuvo efectos retroactivos y la misma Corte avaló tal entendimiento, se consideró que no había lugar a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

a. Desligar la antijuridicidad del daño causado por una ley declarada inexecutable que pone de manifiesto una falla del legislador¹¹, lo importante para efectos de declarar la responsabilidad del Estado no está en la constatación de esta supuesta falla, sino en saber si los particulares estaban o no en la obligación jurídica de soportar el daño por ella causado y, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, mientras la declaratoria de inconstitucionalidad no afectó la validez de la ley en el período en que se causó el daño, los efectos por ella producidos conservan su eficacia jurídica y, por lo tanto, no pueden considerarse como antijurídicos.

b. Al margen de que la declaratoria de inconstitucionalidad revele o no una supuesta falla del servicio, ella sola no determina que los daños causados por la ley, durante su vigencia, sean antijurídicos; aunque el juez contencioso adoptó, como le correspondía, un criterio propio para establecer la antijuridicidad de un daño, la determinación de su existencia en un caso concreto está atada a la vigencia de la ley, es decir, a lo decidido por la Corte Constitucional en la declaratoria de inexecutable.

Surgiría una diferencia de tratamiento entre la reparación de los daños causados por una ley declarada inexecutable y la de los producidos por actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto. Lo anterior por cuanto si lo que determina la antijuridicidad de los daños causados por normas jurídicas de carácter general es la cuestión de su vigencia, es claro que, tal como lo interpretó la misma Corte y como quedó consagrado en términos legales¹², habría una diferencia sustancial entre los producidos por las leyes -respecto de las cuales el ordenamiento jurídico contempla expresamente la facultad de modular los efectos en el tiempo de la declaratoria de inexecutable- y los causados por actos administrativos de carácter general –a propósito de los cuales la posición jurisprudencial dominante, de vieja data y de manera

¹¹ Tal como lo consideró la Sección Tercera en auto de 15 de mayo de 2003, exp. 23245, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² Artículo 45 de la Ley 270 de 1996, precitado.

constante, es la que sostiene que, por regla general, su declaratoria de nulidad implica retrotraer las cosas al estado anterior, es decir, la desaparición de la norma desde el momento mismo de su expedición-.

Fue justamente por no estar de acuerdo con esta última implicación que, en sentencia de 23 de febrero de 2012, la Sección Tercera, Subsección A, asumió una posición radicalmente distinta en relación con el criterio que definiría la antijuridicidad en el caso de daños causados por leyes inexecutable. Dicha Subsección indicó:

- a. la libertad relativa de que gozan los autores de normas generales, impersonales y abstractas en el momento de expedirlas no puede traducirse en un reducto de irresponsabilidad por los daños antijurídicos causados en ejercicio de la potestad normativa;
- b. debe distinguirse entre los efectos de los fallos de constitucionalidad y nulidad y la necesidad de reparar los daños antijurídicos causados durante la vigencia de las normas declaradas inconstitucionales o nulas; el daño causado por una norma declarada inexecutable o nula es “a no dudarlo, antijurídico, comoquiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a Derecho de su potestad normativa” (Consejo de Estado, Rad. Interno 28769, 2018, p.33) además que los principios de igualdad, buena fe y tutela de la confianza legítima y seguridad jurídica aconsejan que, en materia de impuestos, todo lo recaudado con fundamento en una norma declarada inexecutable o nula sea reintegrado para no penalizar a los contribuyentes cumplidores de sus obligaciones y favorecer a quienes no las pagaron y, posteriormente, se ven favorecidos por la decisión judicial de inexecutable y nulidad;

Por otro lado, en sentencia del 11 de abril de 2018 (Rad. Interno 27437) el Consejo de Estado manifestó:

A partir de entonces la Corporación ha definido la responsabilidad patrimonial del Estado por la expedición de la ley, incluyendo las leyes declaradas inconstitucionales, demandada en acción de reparación directa contra el Gobierno Nacional, en unos casos o directamente contra el Congreso de la República, con fundamento en el artículo 90 constitucional, sin sujeción a un único título de imputación, por cuanto la tipificación de la responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley a partir de los tradicionales títulos de origen pretoriano, como el daño especial, limita injustificadamente la protección de los derechos, bienes y demás intereses y la cláusula general, de que tratan, entre otros, los artículos 2º, 83, 90 y 95 constitucionales¹³(Consejo de Estado Rad. Interno 27437, 2018, p.26)

En sentencia del 18 de octubre de 2018 (Rad. Interno 28870), el Consejo de Estado afirmó:

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó, entonces, que el ordenamiento jurídico prevé que normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente, de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución. Precisó que lo que significa la declaratoria de inexecutable con efectos hacia futuro es que, si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia y, por ende, su obligatoriedad entre su expedición y la declaratoria, por lo que durante dicho período existía el deber jurídico de asumir las cargas por ella impuesta. (p. 19)

En igual sentido, en sentencia del 14 de diciembre de 2018 (Rad. Interno 29849), el Consejo de Estado reiterando lo establecido en las sentencias del 26 de noviembre de 2018 (Rad.

¹³ Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 28 de septiembre de 2012, 250002326000199901795- 01 (24630) y del 29 de julio de 2013, radicación 25000233600019981597201 (27.228). Magistrada Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia del 31 de agosto de 2015, radicación 25000232600019990007-01 (22637, acumulados), ponente Ramiro Pazos Guerrero; Subsección C, sentencia del 14 de abril de 2013, radicación 44001-23-31-000-2002-00457-01 (28221), entre otras.

Interno 31317, 31708 y 26897), manifestó:

En asuntos de responsabilidad patrimonial por el daño ocasionado con una disposición legal declarada inexequible, la antijuridicidad del daño dependerá de la vigencia de la norma en el momento en que ella se impuso, conforme a la modulación de los efectos temporales del fallo, definido por la Corte Constitucional. Y en este orden de ideas, se producirá daño antijurídico como consecuencia de la falla del servicio por causa de la declaración de inexequibilidad de una ley, únicamente, cuando la sentencia de constitucionalidad haya sido proferida expresamente con efectos retroactivos. Cuando ello no ocurra, las normas expulsadas del ordenamiento jurídico serán de obligatorio cumplimiento entre el momento de su expedición y el de la declaratoria de inexequibilidad, con lo cual son válidas las cargas que impongan a los particulares durante dicho período.

En sentencia del Consejo de Estado del 10 de abril de 2019 (Rad. Interno 40301) reiterando jurisprudencia¹⁴, dicha corporación al resolver sobre si la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley es condición necesaria y suficiente para que pueda llamarse a responder al Estado por los daños que se deriven de su aplicación, se afirmó:

En lo pertinente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó, que “...el estudio de la antijuridicidad del daño supuestamente causado por una norma o acto no puede adelantarse al margen del análisis sobre la legalidad de estos últimos” (p.15). De manera que si la norma de que se trate es barrida del ordenamiento jurídico con efectos retroactivos “...salta a la vista que habiendo desaparecido por completo el fundamento jurídico directo de la carga impuesta, esta última constituiría un daño que la víctima no está en la obligación de soportar, es decir, se trataría de un típico daño antijurídico”(p.15).

Al contrario, cuando el juez de la legalidad –prosiguió el fallo de unificación- determina

¹⁴ Sentencia de 13 de marzo de 2018, Rad., 250002326000200300208-01 (en el mismo sentido 21 de marzo de 2018, Rad., 250002326000200300206-01).

que “...normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente de obligatorio cumplimiento para los particulares (...) [,] lo que significa la declaratoria de inexecutable con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia –y, por ende, su obligatoriedad- entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese periodo existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta” (p. 16)

No obstante, se advierte que, al momento de modular en el tiempo los efectos de su decisión (potestad que encuentra respaldo en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996), la Corte Constitucional indicó lo siguiente: “...es claro que los efectos retroactivos de la sentencia se aplicarán es en aquellos procesos en los que no se haya ya concretado la prescripción o caducidad especial cuya inexecutable se decreta ” (p. 16)

Como se observa, la Corte estableció una excepción a la retroactividad de los alcances de su fallo de inconstitucionalidad, por lo que, en línea con las consideraciones precedentes, debe concluirse que respecto de las situaciones contempladas por dicha salvedad (esto es: los procesos en los que ya se había declarado la prescripción, como acá) existía para los ciudadanos la obligación de soportar los efectos propios de la aplicación de la norma. En ese orden de ideas, la aplicación del artículo 531 de la Ley 906 de 2004, antes de que dicha norma fuera declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, no puede ser alegada como un hecho generador de daños, toda vez que la vigencia y aplicación de esa norma jurídica comportaba una carga absolutamente general que, por ende, tenían que soportar todas las personas involucradas dentro de la correspondiente actuación penal.

A lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, han sido variadas las posiciones y de estas sentencias es posible inferir que:

- Es indiscutible que el Estado puede ver comprometida su responsabilidad por el hecho del legislador;

- La responsabilidad por el legislador no surge solo a partir de la noción de culpa, o de su correlato en derecho administrativo, esto es, la falla del servicio, sino también de la constatación de la existencia de daños que, por sus características de anormalidad y especialidad, el particular no estaba en la obligación de soportar;
- Existen tres eventos en los que se ha admitido la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador: el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares y por la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecutableidad.
- En punto a lo ya establecido, el régimen de responsabilidad o título de imputación jurídica a aplicar tiene estricta relación con la realidad probatoria. Esto, porque, en cuanto el artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que permiten atribuir la responsabilidad al Estado son elementos argumentativos de la sentencia.

Como se puede apreciar, en los eventos en los cuales se ha admitido la responsabilidad del Estado por hecho del legislador a la fecha no se ha dado un desarrollo con relación a las inconstitucionales por omisiones, dentro de los antecedentes que se desatan de la revisión efectuada, se avizora se halló la sentencia del 01 de noviembre de 2001 (Rad. Interno 13002), en la cual dicha corporación estudió un caso mediante el cual se buscó la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio legislativo y se afirmó:

El análisis de la responsabilidad pretendida, por omisión del legislador conduce a la Sala a cuestionar, desde el punto de vista general, la calificación que de la imputación fáctica “por omisión” hizo el demandante. 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.
(Consejo de Estado, Rad. Interno 13002, 2001, p. 22).

Con este pronunciamiento, en principio, el Consejo de Estado limitó la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por las omisiones legislativas, sin embargo, en virtud de la sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional fue clara al establecer que la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, por lo que cualquier otra interpretación estaría contrariando precedentes constitucionales.

Ahora, en virtud del ejercicio de control constitucional que efectúa el Tribunal Constitucional Colombiano en este tipo de casos, sí se dan los presupuestos para imputar responsabilidad por hecho del legislador en la medida que el contenido obligatorio está determinado temporalmente en virtud de una interpretación normativa que realiza la Corte Constitucional en casos concretos de acciones de tutela, tal como sucede con el caso de la falta de regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y niños, niñas y adolescentes.

El régimen de responsabilidad patrimonial en el marco del nacimiento de un Estado con tendencia constitucionalista, que en principio vela por el cumplimiento de los deberes y derechos de las personas que lo componen, sin estas ser obligadas a soportar cargas, las cuales no pudiesen sostener debido a su derecho y aun respaldando su aporte en la construcción de un Estado social y Democrático de Derecho. Desconocer esa realidad social y jurídica implicaría *per se* aceptar la vulneración de derechos y la eminente degradación de un Estado Social de Derecho.

Conclusiones

De la reflexión planteada por medio de este escrito se infiere que la Constitución Política de Colombia de 1991, estableció un contenido obligatorio que vincula a los órganos de la rama

del poder público y, le otorgó atribuciones a la Corte Constitucional de interpretarlo con la finalidad de darle prevalencia al ordenamiento jurídico constitucional.

A partir de ese contenido normativo de la Constitución se impuso al legislador la obligación de expedir leyes que desaten esos elementos esenciales dados por ella, por lo que cuando dicho órgano se abstiene de regular los contenidos se configura una omisión legislativa que puede ser relativa o absoluta. Será absoluta, en que en el evento en que no exista ninguna norma con relación a una situación fáctica, y será relativa cuando, aún existiendo desarrollo legislativo, este resulta imperfecto. En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que solo tiene competencia para pronunciarse frente a la existencia de omisiones legislativas relativas, ya que el legislador ha previsto preceptos que luego de confrontados con la Constitución le permiten hacer un control constitucional.

En punto al objeto de estudio abordado en este texto, se estableció desde un análisis dinámico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que con relación al derecho fundamental a morir dignamente de niños, niñas y adolescentes, declaró la existencia de una omisión legislativa, por lo que le ha ordenado al Congreso de la República que en uso de sus atribuciones y potestad de configuración legislativa regule en un tiempo determinado y de forma integral tales derechos.

Por otro lado, resultó oportuno analizar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, sustrayendo de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado la existencia de tres eventos en los que se ha admitido la responsabilidad del Estado con ocasión a la actividad legislativa: el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, la defraudación del principio de confianza legítima de los particulares y por la desaparición de la ley como consecuencia de una sentencia de inexecutable.

De lo anterior se dedujo que el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad del Estado por hecho del legislador cuando se trate de omisiones legislativas, sustentando que la

Constitución no le estableció al Congreso un contenido obligatorio delimitado temporalmente. Sin embargo, en oposición con la tesis precitada del Máximo Tribunal Contencioso, se reflexionó y argumentó que la Corte Constitucional en virtud de sus atribuciones ha reconocido la existencia de diferentes omisiones legislativas y ha exhortado al Congreso de la República para su regulación, otorgándole un plazo, y en consecuencia delimitando el contenido obligatorio que nace de la constitución, tal cual como sucede con el derecho fundamental a morir dignamente de mayores de edad y niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, se sostiene finalmente que en los eventos en que la Corte Constitucional le ha otorgado un plazo al Congreso de la República para regular ciertos asuntos de calado fundamental, y al paso del tiempo, la omisión persiste, es procedente declarar la responsabilidad del Estado por hecho del legislador, en la medida que su contenido obligatorio estuvo delimitado temporalmente y además respaldado por situaciones fácticas constitutivas de daño antijurídico.

Referencias

- Báez, C. (2002). *Omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Recuperado el 11 de enero de 2022 de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3731>
- Bazán, V. (2003). *Respuestas normativas y jurisdiccionales*, en Carbonell, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México, Editorial: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. R. Recuperado de: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9512>
- Brewer - Carias, R. (2011). *Los Jueces Constitucionales Como Legisladores Positivos. Una Aproximación Comparativa*. Ciudad: México, Porrúa Recuperado de <http://www.allanbrewercarias.com>.
- Consejo de Estado. Expediente IJ-001 (C.P. Jesús María Carrillo; 25 de agosto de 1998)
- Consejo de Estado. Expediente 13002 (C. P. María Elena Giraldo Gómez; 1 de noviembre de

2001)

Consejo de Estado. Expediente 24630 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 28 de septiembre de

2012)

Consejo de Estado. Expediente 27.228 (C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; 29 de julio de 2013)

Consejo de Estado. Expediente 22637 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero; 31 de agosto de 2015)

Corte Constitucional. Sentencia C-027 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; 5 de febrero de 1993).

Corte constitucional. Sentencia C-221 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 5 de mayo de 1994)

Corte Constitucional. Sentencia C-239 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; 20 de mayo de 1997).

Corte Constitucional. Sentencia SU-047 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; 29 de enero de 1999).

Corte Constitucional. Sentencia 1433 (M.P. Antonio Barrera Carbonell; 23 de octubre del 2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-038 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 1 de febrero de 2006).

Corte Constitucional. Sentencia C-355 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas; 10 de mayo de 2006).

Corte constitucional. Sentencia T-629 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; 13 de agosto de 2010)

Corte Constitucional. Sentencia T-970 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 15 de diciembre de 2014)

Corte Constitucional. Sentencia T-322 (M.P. Aquiles Arrieta Gómez; 12 de mayo de 2017)

Corte Constitucional. Sentencia T-423 (M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo; 4 de julio de 2017)

Corte Constitucional. Sentencia T-544 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 25 de agosto de 2017)

Corte Constitucional. Sentencia T- 721 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. 12 de diciembre 2017).

Echeverry, C. (2007). El imperio de la discrecionalidad judicial. *Criterio Jurídico*, pp. 195-216.

Recuperado

de:

http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_195_cecheverry_el_imperio_de_la_discrecionalidad.pdf

- González, O. C. (2017). *La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Colombia, Verba Luris, (35), pp. 41–63.
<https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.5>
- Hernández, R. *El principio de igualdad y las omisiones legislativas*. España: Aranzadi.
Recuperado de: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/igualdad.pdf>.
- López, A. (2011). *El Juez Constitucional Colombiano como Legislador Positivo: ¿Un Gobierno de los Jueces?*. México, Editorial: Revista Mexicana de Derecho Constitucional Vol (N° 24), pp. 169- 193.
- Nogueira, H. (2004). *Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur*. México: Editorial Porrúa.
- Ruiz, J. (2007). *¿Es un Tribunal Constitucional un legislador positivo?:* Justicia Viva.com.
Recuperado de: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0299.htm>
- Rueda, P. (2004). *Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad*. Ponencia presentada en: II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004
- Sagüés, P. (2002). *Instrumentos de la justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Herrera, C.M. (1994). *El debate Schmitt-Kelsen, sobre el guardián de la Constitución Política*. España. Revista de Estudios Políticos, pp. 199-228. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/revista/1166/A/1994>
- Uscategui, C. A. (2001). *La Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Wessel, W. *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, Alemania, Revista Deutsches Verwaltungsblatt (DVBI), cuad. 6, 1952.



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>