



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).



SinDerivadas — Si [remezcla, transforma o crea a partir](#) del material, no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

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

Responsabilidad del Estado por omisión legislativa relativa en materia de minería en Colombia*

Responsibility of the State by legislative relative omission in matters of mining in Colombian

Ingrid Yazmin Alape Peñuela**

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El documento actual se centra únicamente en las fallas legislativas (por defecto), en la creación de normas en materia de minería, y en la obligación del Estado a responder por el “silencio del legislador”, y por los daños y efectos derivados de la indebida estructuración de la norma. Así, mediante un método analítico, comparativo y con técnica cualitativa, se extrajeron conceptos del marco Constitucional, criterios doctrinales y jurisprudenciales desarrollados por los órganos de cierre; para crear no solo un recuento histórico, sino también sintetizar y contextualizar ¿Cómo el incumplimiento parcial de la potestad del legislador para desarrollar la Constitución, resulta en el desconocimiento de los derechos ciudadanos de comunidades especiales?, y eventualmente se afecta gravemente -en nuestro caso particular- el patrimonio ambiental en territorios donde se ubican dichas comunidades. De ahí que la transgresión de esas garantías, ineludiblemente deban ser resarcidas por el Estado; y dicha exclusión normativa “modulada” a través de las denominadas sentencias integradoras y no por la inconstitucionalidad de la misma.

* Este artículo es parte de los resultados del proyecto de investigación: “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de emergencia y construcción de paz - Fase III”, vinculado a la línea de investigación: Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, categorizado en A1 por Minciencias con registro COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; bajo la dirección del profesor Jaime Cubides-Cárdenas. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co

** Estudiante de la facultad de derecho de derecho de la Universidad Católica de Colombia, con código estudiantil No. 2112644. Correo electrónico institucional: iyalape44@ucatolica.edu.co

Palabras Clave: Omisión legislativa relativa; Omisión legislativa absoluta; Desarrollo legislativo; Desfavorabilidad; Vulneración de derechos; Minería; Patrimonio ambiental; Acción de Inconstitucionalidad; Carga argumentativa; Responsabilidad del Estado.

Abstract

The current document focused only on the legislative failures (by default) in the creation of mining regulations, and on the obligation of the State to respond for the “silence of the legislator”, and for the damages and effects derived from the improper structuring of the norm. Thus, through an analytical, comparative method and with a qualitative technique, concepts were extracted from the constitutional framework, doctrinal, and jurisprudential criteria developed by the closing bodies; to create not only a historical account, but also to synthesize and contextualize how the partial breach of that the power of the legislator to develop the Constitution, results in the ignorance of the citizen rights of special communities?, and eventually seriously affected- in our particular case-. The environmental heritage in territories where these communities are locates. Hence, the transgression of these guarantees must inevitably be compensated by the State; and this normative exclusion “modulated” through the so-called integrating sentences and not by the unconstitutionality of the same.

Key words:

Relative Legislative Omission; Absolute Legislative Omission; Legislative development; Unfavourability; Infringement of rights; Mining; Environmental Patrimony; Unconstitutionality action; Argumentative Burden; State liability.

Sumario

Introducción. 1. Concepto de la omisión legislativa en Colombia 1.1. Clasificación de las omisiones legislativas. 1.2. Requisitos configuradores de omisiones legislativas. 2. Control de Constitucionalidad. 3. Omisión legislativa relativa en la Minera en Colombia. 4. Régimen de responsabilidad. 5. Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado. 5.1. Causales eximentes de responsabilidad patrimonial del Estado. 5.1.1. Fuerza mayor. 5.1.2. Hecho de

un tercero. 5.1.3. Hecho de la víctima. 6. Acción de repetición. 7. Soluciones a la omisión legislativa relativa. 7.1. El exhorto al legislador. 7.2. Sentencias aditivas o integradoras. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Cabe resaltar que conforme al canon 114 de la Carta Magna de 1991, de las diferentes funciones que ejerce el congreso (cambios sustantivos de la Carta Política, nuevas disposiciones legales, y la vigilancia de las tareas del ejecutivo o la administración), es precisamente en la función de legislar, la que puede originar la conocida “omisión legislativa relativa”.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinal en Colombia imprimen un análisis amplio y profundo, respecto a los conceptos propios de la omisión legislativa, identificando ésta, como una anomalía jurídica, que según su clasificación se puede presentar ante diversos escenarios.

Se distingue dos clases de omisiones legislativas: las absolutas y las relativas; emerge de la citada providencia, que en la omisión absoluta hay una inexistencia total de la norma jurídica, en razón a que la exigencia constitucional no ha sido desarrollada por el legislador; y omisión legislativa relativa cuando el legislador expide una norma que no cumplió requisitos previamente establecidos para su promulgación, y por ello no se alinea al mandato superior. (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996).

La omisión legislativa relativa, en materia de minería en Colombia, se encuentra inmersa dentro de una esfera de especial protección; por cuanto en la minería se pueden conculcar derechos o se involucran factores sociales, ambientales -flora y fauna-, económicos, (entre otros). Y por lo tanto requiere de la creación, implementación y ejecución de distintas acciones jurídicas, encaminadas previsivamente a mitigar la ocurrencia de desastres ambientales o resarcir derechos particulares; sin embargo, el legislador en la elaboración y/o expedición de las leyes o normas para regular estos temas, deja por fuera elementos o ingredientes necesarios para la efectividad de dichas normas y de allí surgen situaciones que originan la omisión legislativa relativa.

Este último evento ha sido ratificado en la sentencia C-108 de 1994, en el sentido que la demanda de una “omisión legislativa relativa” que conoce el órgano de cierre Constitucional, se supedita a los formalismos determinados para su procedencia predispuestos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991. (Restrepo y Vergara,2020, pp.9). Se recalca que solo con el cumplimiento de esos requisitos puede la corte realizar el estudio y análisis de la norma que haya sido demandada.

Establecida la omisión legislativa relativa, el órgano Constitucional a través de su decisión, integra el ingrediente faltante en la norma jurídica para que se armonice con la Carta Magna. De otro lado, declarada la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de omisiones legislativas relativas; en cada caso específico debidamente analizado, según el precepto 90 de la Carta Política; se precisa que existe en la norma doble recriminación, esto es, que se atribuye no solo al Estado Colombiano la obligación de reparar las afectaciones ocasionadas, sino que también, una vez decretada la sentencia condenatoria en contra del Estado, y resarcido el daño o perjuicio, este último tendrá la facultad de repetir contra aquellos funcionarios que con su actuar culposos o dolosos ocasionaron dicho perjuicio.

1. Concepto de omisiones legislativas en Colombia

La Corte Constitucional ha realizado en diferentes áreas (civil, laboral, penal, etc.), un análisis jurisprudencial concerniente al concepto, clases y requisitos que constituyen una omisión legislativa, sea esta absoluta o relativa.

Por lo tanto, se acude al estudio, análisis y extracción de algunos conceptos doctrinales y jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional, para crear no solo un recuento histórico sino también sintetizar en este trabajo “la omisión legislativa en Colombia”.

La primera noción y clasificación identificada de lo que se conoce actualmente como omisión legislativa, se registra en el año 1952, traída y reconocida por Wessel como el “no hacer del legislador” por cuanto no cumple con el mandato ordenado por la Constitución. (Garzón,2014. pp.32). Esta omisión tiene una relación directa con la infracción del legislador

a la obligación que le fue impuesta por la constitución; entendiéndose que hace parte integral de sus funciones crear y desarrollar leyes, que permitan el cumplimiento garantista estatal, que devienen del 2o precepto de la Carta Magna.

Por su parte, una primera manifestación del órgano protector constitucional conceptualizando la omisión legislativa, se encuentra en la sentencia C-543-1996, enfocándose específicamente en el no actuar del legislador, cuando por su inactividad trasgrede lo ordenado en la constitución; tal omisión parte de la base de la existencia de la norma constitucional, que impone “el deber” de un desarrollo normativo y que no fue realizado por el legislador o que habiéndolo realizado no se ajustó del todo a la misma Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996).

El legislador incurre en la omisión legislativa, en todos los eventos en los que por su inactividad ignora o desconoce directamente el precepto superior, con ello no efectúa la intervención legislativa exigida constitucionalmente; por lo tanto, de la desidia del legislador, se derivan dos modalidades a relacionar, como lo son: la ausencia completa del desarrollo legislativo, y, la ausencia de algunos aspectos sin regular, incompletos y difusos. La valoración de su no actuar se encuentra supeditada únicamente a la preexistencia de lo explícitamente reglado por la Carta Magna.

1.1. Clasificación de las omisiones legislativas

Wessel, también realiza una clasificación de las omisiones legislativas, y distingue de un lado, la omisión absoluta o material, en la cual no existe desarrollo legislativo, y del otro, la relativa o formal, donde el desarrollo legislativo es insuficiente. (Garzón, 2014. pp.32). Es decir que, concurre en ambos la existencia total o parcial de la inactividad del legislador, lo que simultáneamente constituye una infracción o quebrantamiento constitucional.

El órgano protector constitucional, hace pronunciamientos expresos atinentes a las clases de omisiones legislativas, e igualmente se ratificó en la clasificación de ellas², las

²Al respecto, dicha diferencia se ratifica en sentencia C-956 de 99 (MP. Álvaro Tafur Galvis), sin embargo, se resalta de ella, la manifestación breve que hace la Corte respecto de la omisión absoluta, recalcando que carece de competencia para referirse a las mismas, en razón a la inexistencia de actividad del legislador en el desarrollo normativo que sea susceptible de confrontación con la misma Carta Magna.

cuales coinciden en definir, que las omisiones legislativas absolutas encuentran evidencia plena de que el legislador simplemente no cumplió con la obligación trazada por la Constitución de desarrollar el precepto normativo; mientras que en la segunda clasificación (omisión relativa), se indica que el legislador ha cumplido con la obligación constitucional, pero, omite en alguna parte de la misma (ley o norma), elementos necesarios y relevantes para su eficacia y válida ejecución. (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996).

Se incluye además de la anterior clasificación, aquellas que son formales y materiales (dentro de las cuales se pueden ver inmersos derechos fundamentales o simplemente no se contemplan los mismos); y las que son evitables e inevitables, que nacen en disposiciones del legislador, que de una u otra forma adolecieron de todos los escenarios dispuestos para desarrollar la norma. (Gómez, 2013, pp.31-33). Las tres clasificaciones se constituyen a partir del actuar del legislador y de las circunstancias bajo las cuales lleva o no a cabo ese desarrollo legislativo.

En lo atinente a las omisiones absolutas³, se enfatiza su origen en la inactividad total del legislador, frente a su obligación -de legislar adecuadamente-, actividad en la que definitivamente no expide ninguna disposición legal desconociendo la imperativa que le fue impuesta por la constitución.

En consecuencia, frente a la omisión absoluta se predica la total desidia del legislador para crear la norma, es decir, se inhibe completamente de materializar un desarrollo legislativo frente a un tema específico. Por su parte la omisión legislativa relativa, deviene del ejercicio incompleto de la función de legislar, se crea la norma exigida por la constitución, pero está en últimas resulta teniendo falencias. (Builes y Betancur, 2019, pp. 4-5).

En cualquiera de las dos clasificaciones (absoluta o relativa)⁴, se está relacionando el incumplimiento del legislador a las obligaciones impuestas por la constitución política; sin

³ Sentencia C-1266 del 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esta decisión la sala plena de la Corte Constitucional no solo define la omisión legislativa absoluta, sino que también expone entre otros, tres “argumentos” específicos que explican la incompetencia de la corte para conocer de las omisiones absolutas.

⁴ En sentencia C-572 de 2019 (MP. Antonio José Lizarazo Ocampo), la corte reafirmo la distinción entre omisión legislativa absoluta y relativa, centrándose al respecto en esta última, en la que se indicó que la misma tiene lugar cuando hay un evidente “incumplimiento de los mandatos constitucionales” por parte del legislador, y señalando casos puntuales que reflejan con claridad dicha omisión.

embargo, de manera puntual entre estas dos clases de omisiones, se indica que, en la absoluta se evidencia claramente que el legislador no ha materializado la exigencia de la Constitución, para crear o ejecutar normas que desarrollen la misma, y en la omisión legislativa relativa, hay un desarrollo normativo pero en alguna parte, el legislador no contempló o dejó por fuera elementos indispensables que permitieran predicar que la norma sea completamente eficaz, para la materia que se pretende regular; dejando como resultado una disposición legal que no se encuentra ajustada en su totalidad a la constitución.

Es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha plasmado una diferencia marcada entre el silencio legislativo y la omisión inconstitucional; el primer concepto acoge un ámbito amplio y general de aquellas funciones a cargo del congreso provenientes del pronunciamiento 114 de la norma superior, es decir, de todas las funciones o actividades a cargo del legislador; mientras que en el segundo concepto, el silencio del legislador se clasifica como una omisión inconstitucional; se establece claramente el actuar deficiente del legislador en la función específica del congreso, respecto a la creación o expedición de leyes frente a la norma superior constitucional.

1.2.Requisitos que configuran omisión legislativa relativa

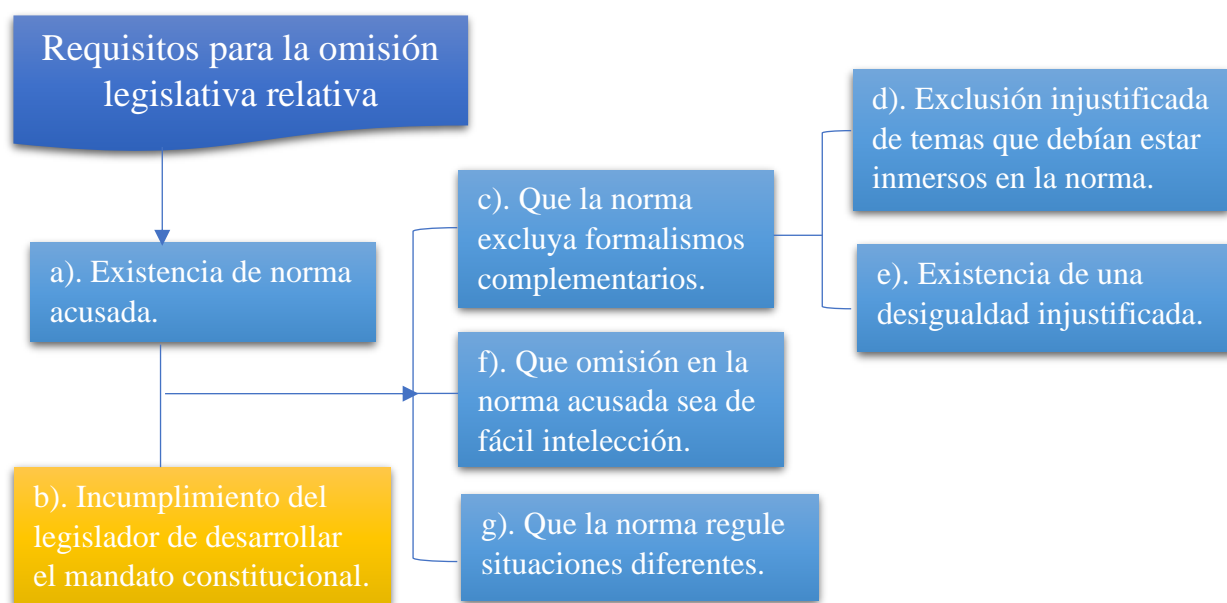
Los elementos, reglas o requisitos que configuran una omisión legislativa relativa, afloran del desarrollo y ratificación jurisprudencial contextuada en sentencia C-427/2000 entendida esta dentro de los primeros proveídos establecidos; donde se delimitan cinco (5) requisitos minuciosamente analizados, acerca del silencio del legislador. Y después la sentencia C-833/2013, integra dos (2) requisitos adicionales a los cinco inicialmente establecidos, para, sobre ellos fincar el estudio, análisis y procedencia de una omisión legislativa relativa.

En síntesis, son siete (7) los requisitos exigidos que sustentan la base sobre la cual el órgano de cierre Constitucional evalúa la omisión legislativa relativa⁵, los que posteriormente

⁵ Para sintetizar la omisión legislativa relativa, se pueden ver entre otras, los criterios analizados en decisiones de la corte constitucional, en las sentencias C-185 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-422 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-833 de 2006 (MP. Jaime Araujo Rentería), C-931 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa), C-173 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-259 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva),

se exponen en las decisiones del órgano constitucional, y más recientemente, ratificados en sentencia C-122 de 2020; contextualizando que son requisitos necesarios, indispensables, y estrictamente concurrentes; que giran en torno a la norma que ha sido acusada, y a la inactividad del legislador frente a la obligación específica de desarrollar el mandato constitucional, a través de la expedición de normas jurídicas.

Figura 1. Requisitos constitutivos



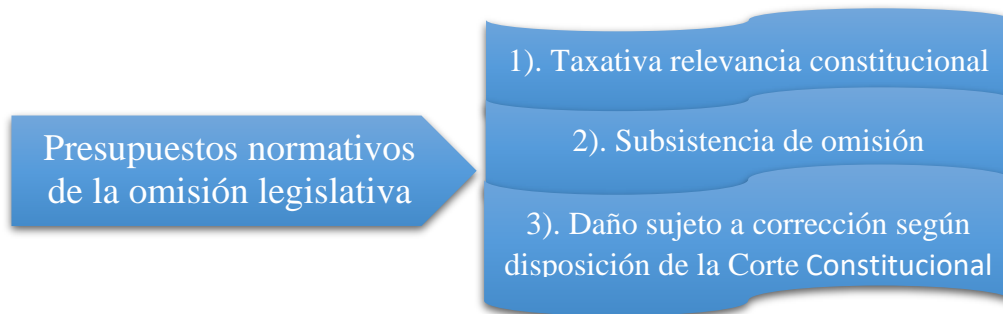
Fuente: Elaboración propia con datos de la Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2006 y C-833 de 2013.

Además de la materialización de los requisitos jurisprudenciales prestablecidos, la Corte resalta tres presupuestos normativos⁶, representados en la siguiente figura:

C-401 de 2016 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), C-110 de 2018 (MP. Cristina Pardo Schlesinger), y C-356 de 2019 (MP. Diana Fajardo Rivera).

⁶ Al respecto se pueden consultar otras decisiones que ratifican y exponen los presupuestos normativos de las omisiones relativas, ellas son: sentencias C-351 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-833 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa.), C-326 de 2019 (MP. Alberto Rojas Ríos), y C-534 de 2019 (MP. Cristina Pardo Schlesinger).

Figura 2. Presupuestos normativos de la omisión legislativa relativa



Fuente: Elaboración propia con datos de la Corte Constitucional, Sentencia C-931 de 2009.

En ese sentido, se hace igualmente un estudio y análisis de tres (3) “eventos” en que se puede configurar la omisión legislativa relativa, exponiendo al respecto, en el primero de ellos, la existencia de favorabilidad y desfavorabilidad en la expedición de una ley, frente a unos grupos poblacionales; en el segundo evento se indica que, en el cumplimiento del desarrollo legislativo derivado de la obligación constitucional, se ha generado una marcada exclusión de prebendas para ciertos ciudadanos; y finalmente, cuando en el proceso de regulación o implementación se prescinde de elementos indispensables exigidos constitucionalmente. (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2018).

Sin embargo, las reconsideraciones jurisprudenciales están encaminadas a recalcar la evaluación individual, progresiva o “sistemática”, que debe realizarse en los ya mencionados “requisitos de la omisión legislativa relativa”; y pese a las distintas variaciones en las disposiciones del órgano constitucional, en dos de los requisitos o elementos exigidos para la misma, se exalta la exigencia del reproche normativo y el señalamiento no justificado de la omisión. De igual forma, se pretende establecer como primer paso en la acusación de la omisión legislativa, la caracterización de la norma acusada, ligado a la validación del mandato superior (existencia de la norma), el cual debe realizarse antes de fundamentar el cargo por omisión. (Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2019).

Recientemente en pronunciamiento C-189 de 2021, la Corte Constitucional reitera los proveídos emitidos respecto a la omisión legislativa relativa, y los requisitos o presupuestos específicos a acreditarse para demandar su inconstitucionalidad, los cuales son revisados en la admisión de la demanda y posteriormente evaluados minuciosamente en sala plena.

Adicionalmente esta sentencia es enfática en resaltar la precisión argumentativa, objetiva y concienzuda que debe ejercer el demandante en cada uno de los requisitos a acreditar, cotejando la norma reprochada con las normas jurídicas existentes, ratificando que la misma no se encuentra regulada por otras instancias, estableciendo en el órgano constitucional duda suficiente sobre la norma acusada. A falta de argumentación de alguno de los requisitos, la corte simplemente no se pronuncia de fondo. (Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 2021).

En definitiva, se exige que se materialicen todos los requisitos contemplados jurisprudencialmente, solo de esa manera la Corte Constitucional puede someter a estudio y comparación a cada uno de esos requisitos, con la norma acusada y con la Constitución; de donde surge como resultado la validación de dicha omisión inconstitucional.

2. Control de constitucionalidad

El cuarto precepto de la Carta Política de 1991, dispone: **i)** la importancia que tiene la constitución como norma superior sobre cualquier otra norma, y **ii)** la obligación de respeto y obediencia a los preceptos constitucionales como también los de menor jerarquía legal; por ello la Corte Constitucional realiza el respectivo control de constitucionalidad, sobre toda normatividad inferior a la constitución que pueda presentar en su contenido una grave violación al mandato superior. (Pinilla y Cubides,2016, p.100).

En el caso de la omisión inconstitucional, la Carta Magna en su artículo 241 impone al órgano de cierre Constitucional, la custodia, inalteración y supremacía de la constitución, debiendo cumplir cada una de las exigencias allí descritas; conociendo de las acciones de inconstitucionalidad acusadas como violatorias de la constitución, conforme numerales 4 y 5 del artículo antes señalado. (Acuña,2020, pp. 28).

La corte constitucional por medio de la jurisprudencia, ha estudiado y reconocido su competencia para conocer de aquellos asuntos que encuadran dentro de las omisiones legislativas relativas (omisiones inconstitucionales), no solo por cumplirse los requisitos

propios de la misma, sino porque se cumplan en ella los requisitos exigidos para la denominada acción de inconstitucionalidad.

Resulta pertinente realizar control de constitucionalidad, supeditado a dos (2) situaciones: la primera, que la omisión riña con la constitución, y la segunda que, por lo anterior, el juez pueda enmendarla recurriendo a la Constitución; con la salvedad de que esa intervención que realiza el juez, derivada de una omisión evidentemente contraria a la Constitución, pueda corregirse; pero dejando en claro que las decisiones del tribunal constitucional, no remplazan de ninguna forma la labor del legislador. (Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 2012).

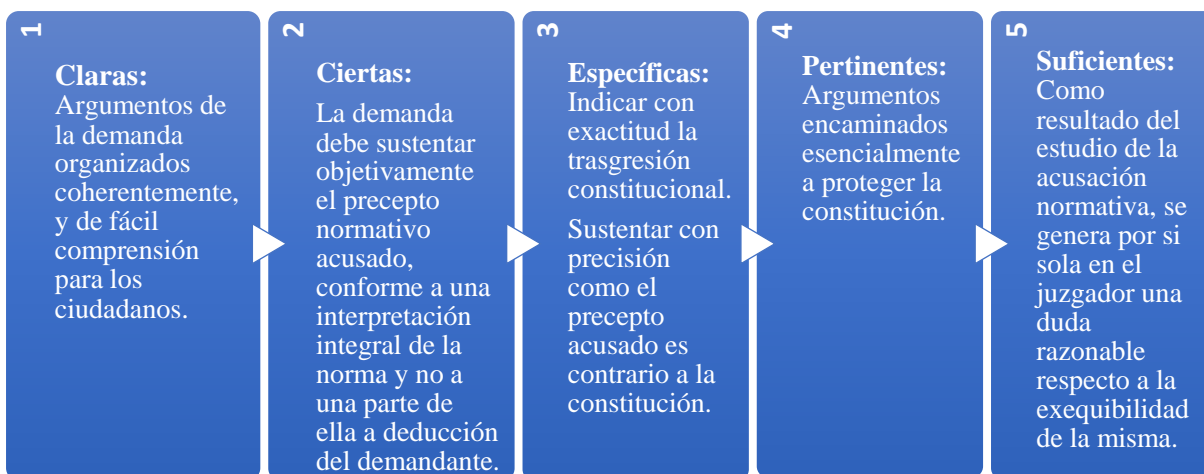
Acorde a lo ya expuesto, para concluir en pronunciamiento de fondo por acción de inconstitucionalidad, el órgano Constitucional exige que se acrediten unas cargas mínimas, las cuales como ya se dijo, se encuentran en cabeza del ciudadano demandante, quien tiene la obligación de esgrimir y demostrar cada una de las razones sobre las cuales se fundamenta, para endilgar a la norma acusada como inmersa en una “omisión legislativa relativa”.

Para ello, se debe garantizar en la demanda de inconstitucionalidad el cumplimiento de los parámetros fijados por el decreto ley 2067/91 art. 2; esto es, especificar con rotunda claridad la norma acusada de la omisión, indicar los preceptos que se consideran quebrantados, y sustentar objetivamente ese quebrantamiento normativo; señalar no solo la disposición constitucional violada; sino también la forma en como esta fue quebrantada-, y, finalmente indicar como juez natural al juez colegiado constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2018).

A través de la jurisprudencia del órgano de cierre Constitucional, se encuentra confirmado y definido de manera específica, cada uno de los requisitos obligatorios que revisten la demanda de inconstitucionalidad⁷, bajo las cuales los demandantes deben fundamentar la misma; explicados puntualmente a continuación:

⁷ La Corte Constitucional se ha reiterado en los requisitos que contextúan la demanda de inconstitucionalidad en sentencias C-077 de 2017 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), C-121 de 2018 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y C-189 de 2021 (MP. José Fernando Reyes Cuartas).

Figura 3. Requisitos de la demanda de inconstitucionalidad



Fuente: Elaboración propia con datos de la Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 2021.

Si bien se puede evidenciar de la clasificación de las omisiones legislativas, que ambos casos están sujetos a una inactividad por parte del legislador; los dos corren suerte diferente de revisión o control del mismo; puesto que, del primer evento, en el que se hace referencia a la completa omisión por parte del legislador, esta no se encuentra sometida al conocimiento de la Corte Constitucional, por la misma razón de que no se encuentra ninguna actividad por parte del legislador que pueda ser sometida a evaluación, frente a lo preceptuado por la constitución. Y en el segundo evento, en el que tal omisión sólo es predicable de un fragmento específico, una parte, un artículo o unos artículos de la ley, no toda la ley; por ende, si es objeto de análisis, comparación y reproche, supeditados al control del órgano Constitucional, en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad.

La infracción a la Carta Magna derivada de una acción u omisión sustentada y razonablemente adelantada ante el órgano correspondiente, lleva consigo como consecuencia a dos tipos de decisiones distintas, la primera el reconocimiento y adecuación del acto al mandato constitucional, y la segunda contempla un carácter radical (anulativo del acto); por ello el control de constitucionalidad se conforma por instrumentos idóneos a través de los cuales se protege y salvaguarda los derechos plasmados en la Constitución, lo que en estas latitudes se materializa a través de los fallos o decisiones que emiten los jueces constitucionales. (Cubides Cárdenas et al.,2017, p.61).

En cuanto a las consecuencias que emanan de la acción constitucional, la decisión final materializa la exequibilidad o inexecutable de la norma objeto de la demanda, es decir que, el estudio que hace la corte sobre la norma permite dictaminar que ella se ajusta al marco constitucional y por ello sigue rigiendo, o si la misma debe ser retirada del ordenamiento constitucional por contradecirla. (Ocampo, 2009, p.8 citado por Cubides et al.,2016).

Jurisprudencialmente la misma Corte Constitucional ha morigerado los efectos de sus decisiones, dependiendo: en primer lugar, del contenido que las estructura, lo que da lugar a sentencias tipo interpretativas, sustitutivas e integradoras, y/o en segundo lugar de sus efectos en el tiempo tornando a estas retroactivas o diferidas.

De manera tal que, a través del control de constitucionalidad se concretiza la herramienta idónea para defender y garantizar la supremacía de la constitución, y en nuestro caso puntual, la normatividad desplegada por el legislador en la estructuración o contenido de la mismas que resulten ser violatorias de derechos o contraria a la constitución, simplemente tales preceptos normativos salen del marco constitucional (Villota, 2012).

3. Omisión legislativa relativa en la minera en Colombia

Colombia es uno de los pocos países que cuentan con una inmensa y gran diversidad de fauna y flora, en consecuencia, requieren de una especial protección constitucional, la cual se materializa primeramente a través de algunos de sus articulados (art.8° y 79° C.P.), dirigida a la preservación y conservación de todo tipo de especies, dado que de ellas deviene un gran porcentaje de subsistencia y beneficios para el ser humano. Dicha protección tiene relevancia esencialmente, sobre parques nacionales, reservas forestales y páramos.

El concepto del artículo primero en la Carta Magna, está dirigido a garantizar que la población se desarrolle en condiciones de respeto a la dignidad humana, propender el bienestar ciudadano; como parte esencial y el derecho de aprovechar, gozar o disfrutar de un ambiente íntegramente sano. A más de lo anterior el Estado debe procurar en su totalidad, a través de sus distintas actuaciones, la implementación de herramientas encaminadas a la

regulación y mitigación de daños ambientales, que garanticen el equilibrio ambiental. (Guiza,2011, p.126).

Para llevar a cabo la preservación y estabilidad de los ecosistemas⁸, es menester del Estado el actuar de manera diligente, lo que se logra a través de distintas acciones, siendo alguna de ellas, la expedición de normatividad necesaria y oportuna que permita garantizar un equilibrio social y ambiental y la participación de comunidades especiales en decisiones ambientales que les perjudiquen; de lo contrario en la evasiva de las mismas se podría ocasionar la vulneración de derechos ciudadanos, que de plano afecten el derecho a la igualdad, y a disfrutar de un entorno saludable (art.79 CP.), convirtiéndose en una barrera de acceso para una vida digna. (Perafán del campo,2019). Dicho de otra manera, son aquellas circunstancias que representan para la sociedad dificultades o perjuicios en su desarrollo y daños ambientales que podrían ser irreversibles e incuantificables.

Sin embargo, debido a los constantes cambios en las necesidades y desarrollo del ser humano, se ha involucrado una mayor fuerza de trabajo y mano de obra para la explotación o extracción de gran cantidad de recursos naturales, que a su vez se hacen más escasos, repercutiendo en una serie de conflictos y/o desequilibrios a nivel cultural, social, ambiental y económico; por lo cual se distingue entre el medio ambiente idóneo como derecho subjetivo de las personas y la tutela del ambiente como bien colectivo, ambos igualmente protegidos. (Lorenzetti,2011, p.3-14).

Frente a temas de minería en Colombia, jurisprudencialmente se ha resaltado que la actual constitución es catalogada como “constitución ecológica”⁹, por ello, la integración del precepto normativo abarca un sin número de cuestiones relevantes, para regular esa materia, entre las que se encuentra garantizar que las actividades mineras que se ejecutan en el país, estén acordes a la actualidad normativa, llevadas planificadamente en el manejo y beneficio obtenido al explotar recursos de la naturaleza (minería legal o ilegal); sin dejar de lado los

⁸ Al respecto se puede consultar la Sentencia C-077/2017 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), que, entre otros aspectos, estudia y puntualiza elementos o aspectos esenciales del desarrollo sostenible en materia ambiental.

⁹ Ver, sentencia T- 411/1992 (MP. Alejandro Martínez Caballero), mediante la cual se establece el primer pronunciamiento de “*Constitución ecológica*” que garantiza la protección del medio ambiente.

derechos ciudadanos ni la preservación ambiental inmersa en cada una de esas situaciones o actividades.

Como ya se ha indicado, la omisión legislativa relativa se ve representada en la inacción o desidia del legislador, cuando transgrede la efectividad de garantías en la integración del precepto normativo, lo cual tiene lugar en varios escenarios, siendo uno de esos cuando el legislador desfavorece y/o excluye a ciertos grupos sociales frente a otros. (Riveros,2006, p-54). Lo que puede ocurrir cuando se excluye a las mismas comunidades, en la participación de consultas previas de aquellos temas, que puedan afectarles ambientalmente, por explotación, exploración y aprovechamiento de lo que son recursos naturales dentro de las mismas zonas en las que dichos grupos se ubican.

Para llevar este tema a una situación específica y dar claridad en el plano de la minería en Colombia, se hace necesario recordar dos pronunciamientos constitucionales que facilitan dilucidar esta clase de omisión legislativa en el campo de la minería.

En la primera de ellas, la sentencia C- 366 de 2011 en la que se examina la intervención participativa de comunidades étnicas cuando se trata de actividades mineras en dichos territorios; conforme a (3) eventos en los cuales se hace imperativo efectuar la consulta previa, esto es, que se involucre una relación directa entre la utilización “aprovechamiento y explotación” de los recursos de la naturaleza y las comunidades étnicas, los cuales son:

Figura 4. Eventos que exigen la consulta previa a comunidades étnicas



Fuente: Elaboración propia con datos de la Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011.

La citada jurisprudencia obtiene gran relevancia, dado que sirve como apoyo para identificar y resaltar la omisión legislativa que se predica respecto del articulado de la norma legal número 1382/2010 modificatoria de la ley 685 de 2001 -Código de Minas-, en la que se trató temas de explotación minera que afecta territorios donde habitan comunidades étnicas (indígenas, afrodescendientes, raizales, etc.); por cuanto de la citada ley, la corte Constitucional evidencia la omisión del congreso por no tramitar la participación anticipada de los grupos poblacionales especiales, exigida en la Carta Magna en su precepto 330; como en el convenio 169 (OIT), indispensable para prevenir perjuicios a dichos grupos poblacionales especiales. Intervención previa que al no realizarse resulta ser contraria al marco jurídico constitucional.

Si bien es cierto que la participación previa es de carácter obligatorio, es de aclarar que ese deber recaer solo en cuanto a la realización de la misma, los conceptos emitidos de las comunidades permitirán otra visión o punto de vista frente a la materia consultada, y serán tenidas en cuenta, mas no serán de obligatoria aplicación frente a la decisión final que tome el congreso, por ende, contextuándose el yerro omisivo del legislador de forma relativa en la omisión de la consulta, vulnera derechos categorizados como constitucionales. (Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011).

Se resalta que el órgano protector de la constitución, reconoce aspectos relevantes de suma importancia en dicha ley de manera tal que aunque es contraria a la Carta Magna e inexequible, su retiro ocasiona la desaparición de aquellas normas encaminadas a la preservación de territorios afectados en su riqueza ambiental o deteriorados por la actividad explotaría o explotativa de los recursos minerales; por lo cual a corte proroga por dos años (2) los efectos de inexequibilidad sobre la ley 1382 de 2010, considerando que de esa manera se asegura la protección del derecho fundamental que tienen los grupos poblacionales especiales a la una intervención anticipada y preventiva, y que el congreso acate íntegramente los preceptos Constitucionales del artículo 330. (Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011).

El segundo pronunciamiento sentenciador contenido en la decisión C-395/2012 -para efectos de esta investigación- asume la condición de ser de carácter ilustrativo, sin que por ello se le reste la importancia trascendental que tiene, en cuanto a la normatividad atinente a la defensa de sus derechos como comunidades, bien sea por acción directa de ellas mismas o por demandas individuales; en la citada sentencia se resalta la relevancia constitucional que tienen los grupos étnicos de contribuir con sus opiniones en las determinaciones legislativas que los perjudiquen directamente, participación que se encuentra consagrada en las primeras dos normas de la Constitución de 1991, en las que se garantiza el deber de facilitar y realizar procesos consultivos a comunidades indígenas y tribales cuando se adopte y ejecute decisiones que los afecten. (Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 2012).

Así entonces, del criterio del tribunal protector de la Constitución, emergen de la sentencia en estudio cinco (5) circunstancias puntuales bajo las cuales, toma importancia, la especial protección de participación de los grupos especiales “comunidades indígenas y tribales”, es decir casos bajo los cuales debe, si o si, crearse, permitirse y garantizar a esas comunidades, espacios de participación cuando haya medidas legislativas y administrativas en las que puedan estar inmersas; ellas son:

Figura 5. Circunstancias de especial protección en comunidades indígenas y tribales



Fuente: Elaboración propia con datos de la Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 2012.

En la mencionada jurisprudencia, el concepto de los demandantes se dirige a confirmar la omisiva legislativa para cuando se reglamenta el código de minas, por apartados normativos que riñen con la constitución, al no estar contemplado expresamente en el articulado de la misma el mencionado deber de consulta previa cuando se tratan temas de exploración y explotación minera; se argumenta que se omitió en la citada ley el “deber de realizar consulta previa” a los grupos poblacionales especiales (indígenas y afro descendientes), como también el deber de obtener anticipadamente la aceptación previa, espontánea y diáfana de aquellas comunidades.

Pese a la claridad de la decisión la Corte al respecto, no apoya el postulado expuesto por los demandantes, y se acoge al fundamento de que como el “deber de consulta previa” esta estipulado en el articulado 329 y 330 Carta Magna, y artículo 15 del convenio 169 (OIT, que versa sobre pueblos indígenas y tribales); es allí donde resaltan en tales normas la especial protección de las mismas; por ello no requiere de un expreso señalamiento en normas inferiores. Es decir, que ese deber de consulta ya se encuentra expresamente señalado en el rango constitucional y supranacional, razón por la cual su aplicación es inmediata en todos los eventos en los que se relacione con decisiones que afecten comunidades étnicas. Por otro lado, la corte manifiesta, que es diferente el tema de regulación normativa frente a la consulta previa en comunidades étnicas y tribales, al tema del señalamiento expreso de la norma en todas las normas de rango inferior como lo exigen los demandantes, ya que se torna innecesario, al estar previamente contemplado en normas superiores. (Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 2012).

Los demandantes indican que falta de señalamiento expreso de la norma constitucional en la ley, constituye una evidente transgresión a los derechos de tales grupos poblacionales (étnicos y tribales); sin embargo, el tribunal mantiene su posición, y es enfático, en asegurar que ello no es una omisión legislativa relativa, pues la consulta previa a comunidades étnicas ya se encuentra constitucionalmente señalada, siendo un derecho de esas comunidades y un deber a cargo del Estado.

Ambas sentencias se encuentran encaminadas a resaltar: (i) la trascendencia de la participación previa como derecho fundamental, que tienen las comunidades étnicas en materia de recursos naturales y minería donde ellas se ubican; para lo cual se hace necesario

por parte del legislador facilitar a través de diferentes mecanismos la participación de los grupos especiales inmersos en decisiones que los afecten. Y (ii) la omisión del legislador en forma relativa no nace por ausencia en su señalamiento expreso sino de falta de consulta previa en normas inferiores, pues ante esto, los derechos de las comunidades seguirían incólumes; y se vulnerarían al obviarse la materialización o ejecución de procedimientos para la participación a dichas comunidades en aspectos ambientales que les puedan perjudicar, pues solo así se estaría violando derechos inmersos en la Carta Magna.

4. Régimen de responsabilidad

Es importante indicar que el proveído C-644/2011 resalta la inexistencia de precepto normativo alguno previo a la constitución política de 1991, que de manera concreta versara acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano; aunque existió y se mantuvo un desarrollo jurisprudencial a través de jurisprudencias de Corte Suprema y de Consejo de Estado, que permitieron dilucidar respecto al tema, y se logró a partir de la expedición del ley 167 de 1941 (derogada actualmente), que posteriormente se consolidara conceptualmente la misma, fijando la competencia en cabeza del Consejo de Estado para las acciones reparatorias respectivas. (Cubillos,2020).

Al respecto la sentencia C-285/2002, recalca la razón por la cual inicialmente el Estado no tenía esa obligación de responder patrimonialmente, se cimentaba en la soberanía del mismo, para lo cual la Corte Suprema gesta su análisis normativo en la responsabilidad civil -correspondiente al campo del derecho privado-; halló aquellos fundamentos legales que permitieron predicar la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano sustentando entre el articulado del Código Civil (2342, 2347 y 2349); y la responsabilidad indirecta o directa del Estado; la supeditó dependiendo de si el sujeto (agente público) es o no, depositario de los designios estatales, para así desembocar en la asunción de “responsabilidad patrimonial del Estado”, respecto al hecho generador del daño.

Así, en esa misma sentencia encontró el Consejo de Estado, con sus determinaciones y su estudio normativo como base de sus tesis contrariamente, no en el derecho privado, sino

en el derecho público colombiano, los fundamentos jurídicos de allí nacidos, con cuya base se instituye la responsabilidad patrimonial del Estado; estableciendo que dicha responsabilidad emana tanto del Código Contencioso Administrativo, como de la Constitución Política del 86 - título III.

Con base en lo anterior se afirma que le es imputable responsabilidad patrimonial al Estado bajo el marco del derecho público y con base en la existencia real de un daño antijurídico, que no debe ser soportado por el ciudadano. El daño materializado y debidamente acreditado según cada uno de los elementos que constituyen dicha responsabilidad (los cuales se hablara más adelante), es el eje central para el resarcimiento a cargo del Estado, dicha responsabilidad queda finalmente consagrada en el texto 90 de la actual Constitución.

La Carta Magna del 91, reconoció y plasmó concretamente la responsabilidad del Estado, por sus acciones u omisiones, cuando haya ocasionado daños catalogados como antijurídicos, susceptibles de ser reparados integralmente, y la posibilidad u obligación que tiene el mismo Estado de repetir contra el funcionario que actúe en forma dolosa o con culpa grave generado con su actuar sentencia condenatoria en contra de los intereses del Estado. (Lugo,2020).

Así mismo, del tema aquí estudiado, se exalta de la Constitución del 91, que la misma integra en varios de sus artículos la especial protección ambiental a cargo del Estado Colombiano, en el que se contextualizan las diferentes estrategias dirigidas a garantizar el cumplimiento de la misma, con la finalidad de preservar y mantener el equilibrio ambiental. En virtud de ese deber se requiere al Estado para que actúe en aplicación del mandato superior, cuando por cualquier circunstancia ello no ocurre y se infringe esa obligación, ocasionando perjuicios al medio ambiente y vulnerando derechos, en consecuencia, se está frente a una responsabilidad objetiva del Estado, que se determina conforme a cada caso específico. (Cubides, pp. 96-97).

De otro lado, conforme a lo expuesto, para el caso de las omisiones legislativas en relación con la “consulta previa” en materia ambiental o minera, es evidente que ello escapa a la órbita de la responsabilidad contractual del Estado; tal es el caso de no consultar

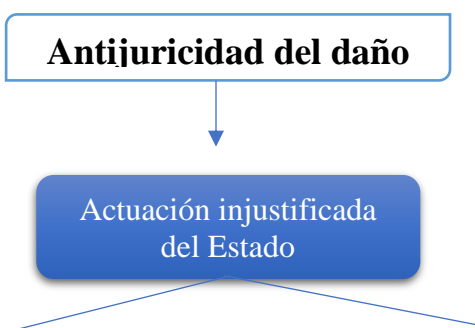
anticipadamente a las comunidades especiales, lo concerniente a explotación minera en áreas donde se encuentran ubicadas y puedan resultar afectadas; pues la vulneración, perjuicio o menoscabo de derechos que efectivamente ocasiona daños o perjuicios denominados como antijurídicos a esas comunidades, no se derivan precisamente de la responsabilidad de un contrato, al contrario, se derivan directamente por mandato de la Constitución en la función legisladora, y por ello habrá de corresponder al régimen de responsabilidad extracontractual objetivo del Estado, y consecuentemente a la respectiva reparación integral a cargo del Estado.

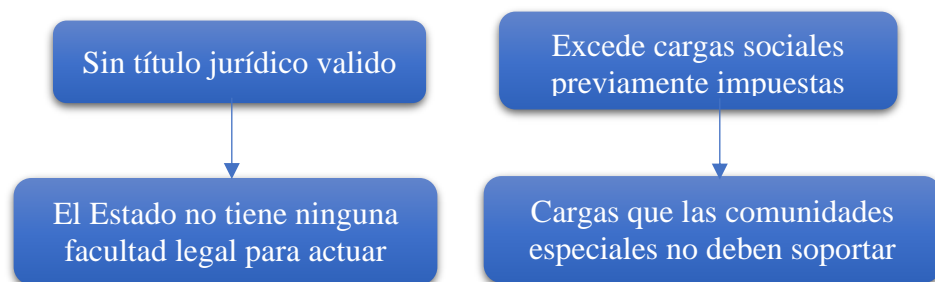
5. Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia

Del artículo 90 de la Constitución de 1991, se resaltar tres (3) elementos específicos y continuos que deben materializarse para que se establezca la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano (i) actividad del Estado, consistente en un hecho, omisión u operación administrativa; (ii) el daño causado, y (iii) relación de causa y efecto entre la actividad del Estado y la existencia del daño.

Jurisprudencialmente en sentencia C-286/2017 se desarrollaron conceptos propios de los elementos que constituyen responsabilidad patrimonial del Estado, indicando daño antijurídico como elemento esencial que genera perjuicios a una persona o a una comunidad carente de obligación jurídica alguna para soportarlo, y de donde aflora la indemnización para reparar los perjuicios derivados del mismo, para ello se evalúan aspectos que establecen la existencia del daño antijurídico explicados en la siguiente gráfica:

Figura 6. Aspectos que constituyen daño antijurídico





Fuente: Elaboración propia con datos de la Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 2017.

En cuanto al elemento de la imputabilidad este exige que el daño le sea atribuido al Estado, no desde la materialización del mismo sino desde la existencia de parámetro normativo que no lo justifica, para ello se recurre al denominado juicio de imputabilidad, que según el alto tribunal Constitucional por medio de su decisión C-286/2017 requiere como exigencia un título de atribución en el que el Estado este comprometido con sus resultados.

Y como elemento final, encontramos la causalidad¹⁰, en este elemento se verifica la real y plena existencia del daño o menoscabo que se ha producido al ciudadano y que surgió como consecuencia directa por acción u omisión imputable a la entidad pública involucrada, o de alguno de sus agentes el cual deberá ser respectivamente reparado.

Es importante precisar que, de los elementos mencionados, solo cuando se ha generado el primero (lo que sucede de manera instantánea), cabe la posibilidad de que se empiecen a desencadenar en el mismo orden, los demás elementos, y una vez materializado el tercer y último elemento es predicable imputar la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo tanto, son requisitos consecuenciales y deben configurarse sin excepción de alguno de ellos.

Deben coincidir los 3 elementos que configuran la responsabilidad del Estado (daño, imputabilidad, y relación causal) a la situación específica; principalmente ha de ser analizado si existe el nexo de causalidad, es decir, la relación entre la conducta del Estado frente al daño o perjuicio ocasionado, y que este, sea real e incuestionable; lo que para el tema aquí estudiado se enmarcaría en la omisión legislativa relativa, que por exclusión normativa

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-286 de 2017 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), estudia elementos que constituyen la responsabilidad patrimonial del Estado.

termina perjudicando a un grupo de carácter étnico. El consejo de Estado examina, esgrime y sustenta si en cada uno de los elementos aquí mencionados se evidencia la responsabilidad del Estado, de forma tal que haya de consolidar con suficiencia y claridad la configuración de todos los elementos de responsabilidad patrimonial del Estado.

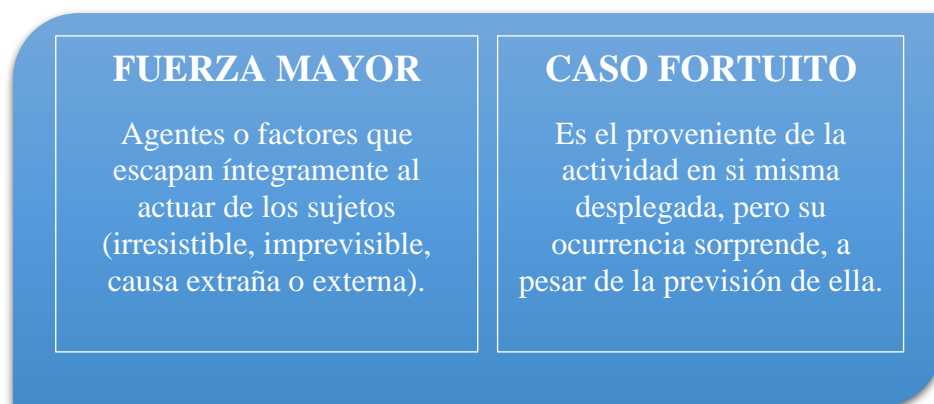
5.1. Causales eximentes de responsabilidad patrimonial del Estado

El Consejo de Estado definió tres (3) causales eximentes de responsabilidad patrimonial del Estado: i) fuerza mayor, ii) hecho de un tercero, y iii) hecho de la víctima.

5.1.1. Fuerza mayor

En Sentencia SU-449 de 2016 la corte resalta la posición del Consejo de Estado, el cual hace una breve diferenciación entre lo que es fuerza mayor y caso fortuito, ya que, pese a que la jurisdicción civil toma esos dos conceptos como uno solo o sinónimo uno del otro, para el Consejo de Estado solo la fuerza mayor se constituye como causal eximente de responsabilidad del Estado, y se diferencian así:

Figura 7. Diferencias



Fuente: Elaboración propia con datos de la Sentencia SU-449 de 2016.

Así las cosas, la fuerza mayor se caracteriza por tres (3) elementos constitutivos, los cuales son: (i) exterior, (ii) irresistible, y (iii) imprevisible, es decir que deviene de un elemento externo a la esfera de la situación que se imputa como causante del daño, el cual no fue posible su identificación previa a la ocurrencia del hecho dañino y por eso no se pudo revertir; por ninguna razón puede existir elemento alguno con el que se le pueda imputar el

daño al demandado y con ello se rompe el nexo causal del daño y el proceder de la administración, por lo que bajo este entendido no se podría imputar responsabilidad al Estado. (Corte Constitucional, Sentencia SU-449 de 2016).

En el caso del evento fortuito, este se atribuye directamente desde la actividad que se despliega y se basa en lo que es imprevisible, pero, aunque no se pueda prever la ocurrencia del hecho dañoso en la actividad realizada, es claro que ella si se pudo evitar, al no depender o darse por un elemento externo sino encontrarse que deviene de la parte interna de la actividad desplegada, y por tanto no es posible que escape a la responsabilidad que según el caso concreto estudie el juez.

5.1.2. Hecho de un tercero

La responsabilidad en este caso se encuentra configurada por la intervención de un agente diferente a las partes que actúan en el reproche de responsabilidad, y por distinto se indica que tampoco se tiene en cuenta a aquellos que se enmarcan en la responsabilidad solidaria, porque bajo esta figura no resultan ser extraños al hecho lesionador. (Corte Constitucional, Sentencia SU-449 de 2016).

En este evento el daño ocasionado fue exclusivamente a cargo de un externo, un alguien completamente distinto a las partes, que figuraría como la que evidentemente debería responder por el hecho dañoso, es decir que no tiene ningún tipo de vínculo a ningún título que lo relacione con el Estado y la parte perjudicada.

En este concepto el hecho debe también estar inmerso en las características de irresistible e irreversible por cuanto que, si de lo contrario se prueba que, pese a la intervención de un tercero, estaba en el demandante prever y evitar que se ocasionara el mismo, sería a este último imputable la responsabilidad, ya que según el Consejo de Estado no evitar que se genere el resultado dañoso siendo obligación impedir su ocurrencia, viene siendo exactamente lo mismo que si lo causara. (Patiño, 2011, pp. 385-386).

5.1.3. Hecho de la víctima

El elemento que excluye de responsabilidad al Estado proveniente del hecho dañoso generado directamente por el sujeto en primera persona (la misma persona lesionada), requiere que su concurso por acción, omisión con culpa grave o dolo haya propiciado el hecho que ocasionó el perjuicio. Este eximente de responsabilidad se evalúa desde la perspectiva del hecho que ocasiono el daño y no desde el comportamiento frente al mismo por parte de la víctima y responsable de su ocurrencia, y se estudia que el mismo haya sido imprevisible e irresistible para el Estado. (Patiño, 2011, p.388). Lo que quiere decir que, el Estado será exonerado de la responsabilidad patrimonial extracontractual, en el caso que se compruebe materialmente que fue la propia víctima quien se ha perjudicado con su intervención.

6. Acción de repetición

Una vez declarada la responsabilidad del Estado por daños antijuridicos derivados de omisiones legislativas relativas, en cada caso específico y debidamente analizado (art. 90 C.P), precisa una doble recriminación, esto es, que se atribuye no solo al Estado Colombiano la obligación de reparar las afectaciones ocasionadas, sino también debe existir sentencia condenatoria en su contra, este último tendrá la facultad de repetir contra aquellos funcionarios que con su actuar culposo grave y doloso ocasionaron dicho perjuicio.

En consecuencia, respecto a la acción de repetición, la sentencia del Consejo de Estado 02091/2018, define dicha acción¹¹, contextuando en ella la herramienta que tiene la administración pública para obtener el reintegro dinerario que fue pagado como consecuencia de la condena impuesta por el tribunal administrativo a la entidad pública por el daño ocasionado a los particulares.

En consecuencia, es indispensable destacar de la SCIA C-957/2014 del tribunal Constitucional los presupuestos necesarios para que prospere la acción de repetición, esto es: una codena atribuida al Estado por la jurisdicción contencioso administrativa; que involucre

¹¹ A propósito, se puede consultar más de la acción de repetición en sentencia de la Corte Constitucional 778 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería),

un daño antijurídico, es decir una conducta evidentemente calificada como dolosa o gravemente culposa proveniente de funcionario o ex funcionario público, y finalmente como requisito indispensable que se haya materializado el pago de la suma dineraria a cargo de la entidad que fue declarada como responsable del daño antijurídico. Se hace énfasis específico en este último requisito ya que una vez ejecutado el pago nace el derecho para el Estado de acudir a la acción de repetición.

Por lo anterior una vez el Estado realice efectivamente el pago al que ha sido condenado, podrá acudir a la acción de repetición, como herramienta a través de la cual logra en concreto, el resarcimiento de lo pagado a consecuencia de la imputación de responsabilidad por el daño antijurídico, mismo que finalmente fue ocasionado por sus funcionarios o ex funcionarios como se dijo, por una actuación culposa grave o dolosa en cumplimiento de sus funciones.

7. Soluciones a la omisión legislativa relativa en Colombia

De distintos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el órgano de cierre constitucional, se resaltan “dos fórmulas de tratamiento”, aplicables en la omisión legislativa relativa, en los siguientes conceptos:

7.1. El exhorto al legislador

La corte constitucional recogiendo el postulado de división de poderes y atendiendo la legislativa del congreso, se pronunció mediante jurisprudencia, exhortando al legislador al cumplimiento de la sentencia que le corresponde, de acuerdo al tema evaluado en la omisión legislativa relativa en cada caso específico. (González, 2016).

Este exhorto es el “llamado de atención” que realiza el órgano Constitucional al Congreso de la República, no precisamente encaminado a crear consecuencias jurídicas, sino como un reproche dirigido directamente al legislador para que, en tiempo oportuno, bajo su función de legislar lleve a cabo el ajuste normativo pertinente.

El exhorto al legislador que realiza la Corte Constitucional, no es más que una sugerencia para que aquel por sí mismo encamine o expida la norma objeto de omisión, dentro del marco constitucional, que, si bien no le delimita un término específico de tiempo, si enfatiza en la importancia de que ello se materialice en un plazo razonable, según la disposición que se pretende regular, con la finalidad de que no se siga vulnerando la constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009).

El órgano Constitucional, realiza un pronunciamiento prudente y respetuoso que no trasciende a imposiciones al legislador, se mantiene al margen sin irrumpir en las competencias de este; sin embargo, advierte en la relevancia y necesidad de que el precepto normativo concuerde y se alinee con la Constitución por ser esta norma suprema e inquebrantable. (Celemín,2016, pp. 20-26).

7.2. Sentencias aditivas o integradoras

La sentencia aditiva o integradora es considerada como otra fórmula de arreglo en las omisiones legislativas relativas, mediante la cual, el tribunal interviene para armonizar el precepto normativo acusado a través de la acción de inconstitucionalidad, con la Constitución Política. Se integran o adicionan expresamente los elementos requeridos a la norma demandada, de forma tal que concuerde con el ordenamiento jurídico constitucional. (Celemín,2016, p.7).

Como se ha dicho antes, el competente para conocer de la omisión legislativa relativa es la Corte Constitucional y es también este mismo órgano jurisdiccional competente para pronunciarse respectivamente al ajuste normativo constitucional que fue excluido por el legislador, por lo tanto, acude a una sentencia integradora a través de la cual toma en cuenta cada uno de los apartes normativos ignorados u omitidos, y los adecua procurando el equilibrio constitucional.

Es así que, jurisprudencialmente, se reafirma que, en lo que respecta a la omisión legislativa relativa, la solución¹² a ellas no es declarar la norma acusada inexecutable por no

¹² Al respecto, se pueden consultar de la Corte Constitucional. Sentencias C-619 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), y C-584 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), mediante las cuales se resalta la

contar con los elementos propios y necesarios de la misma, sino contrarrestar la disposición demandada engranándola a los preceptos constitucionales, esto es que se incluyan los apartes excluidos por el legislador conforme lo demanda la Carta Magna. (Corte Constitucional, sentencia C-005 de 2017).

El órgano Constitucional amplía los efectos de sus decisiones y efectos a temas excluidos por el legislador, con la finalidad de que la norma objeto de omisión legislativa relativa, posterior a esa intervención pueda estar revestida de total legalidad en cumplimiento de los preceptos constitucionales; esto se logra con la denominada sentencia integradora tipo aditiva. (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 2018).

La importancia que tiene para el órgano constitucional, orientar su decisión a sentencias integradoras o aditivas, cuando se ha declarado una “omisión legislativa relativa”, y no acudir a la inconstitucionalidad de la norma reprochada; se sustenta básicamente en que mediante ese tipo de sentencias no solo se logra garantizar la supremacía constitucional, proteger derechos fundamentales y procurar un manejo adecuado de la norma acusada de omisión, para que esta se encuentre conforme a la Carta Política.

Conclusiones

Es deber del Estado desarrollar todas sus funciones y actividades debidamente planificadas y ejecutadas conforme lo dispone la actual Constitución de Colombia; así como estas deben estar inmersas en un ámbito de respeto máximo a los derechos ciudadanos, garantizando condiciones de bienestar social, dignidad humana e igualdad.

En tal contexto, el legislador en la regulación normativa no solo debe dar cumplimiento a lo expuesto constitucionalmente, sino también, debe evaluar en cada caso concreto los diferentes factores multiculturales, sociales, poblacionales y ambientales que rodean la expedición del precepto normativo, consolidando el reconocimiento e integración de los

aplicación de sentencias aditivas en materia de omisiones relativas para no declarar la inexecutable de la norma acusada.

mismos y no la exclusión de ninguno de ellos, ya que en ese evento estaría inmerso en lo que se conoce como omisión legislativa relativa.

Los siete requisitos concurrentes establecidos para que se configure tal omisión, que nacen de la desidia del legislador en la expedición de la norma, y que son exigidos por el Órgano Constitucional para su estricta revisión; están dirigidos de un lado a evitar que las interpretaciones subjetivas de los ciudadanos conduzcan a un desgaste del estudio acucioso de la misma, por parte del tribunal constitucional al emitir decisiones jurisprudenciales; y del otro, en el evento que se constaten ellos debidamente acreditados, la existencia de los mismos serán rigurosamente estudiados para no vulnerar la Constitución.

El control de constitucionalidad, se contextualiza como una de las diversas herramientas que garantizan el cumplimiento y la protección de la norma superior, mediante la cual se establece si la norma acusada derivada de una omisión legislativa relativa, se ajusta al ordenamiento prevalente (constitucional), o si por el contrario es violatoria de la misma.

De igual manera, se resalta que los requisitos o elementos de la omisión legislativa relativa son autónomos y diferentes a los exigidos para la acción por inconstitucionalidad, sin embargo, todos los requisitos a su vez se integran entre sí, por lo tanto, son del resorte de responsabilidades del demandante, fundamentar la demanda de inconstitucionalidad, bajo el cumplimiento de los mismos, y bajo la pretensión esencial e integral de defender los preceptos constitucionales. Dado que el fundamento de ellos, de ninguna manera recaen en el órgano constitucional. En este sentido, la exigencia de unos requisitos específicos constituye el filtro, que tiene como finalidad analizar y verificar la viabilidad de la acusación.

Al esgrimir las precisiones conceptuales precedentes, en relación con aspectos ambientales y mineros, se demostró que la omisión legislativa relativa debe entenderse como el operar negativo del legislador frente a la Constitución Política, vulnerando tanto el ordenamiento jurídico como derechos fundamentales de grupos étnicos, principalmente cuando se omite la ejecución o materialización del “deber de consulta” con respecto a decisiones que incluyan la explotación de recursos naturales con las que puedan resultar afectadas comunidades multiculturalmente reconocidas o sus territorios.

Dichas vulneraciones u omisiones estatales, comprobadas por el tribunal Constitucional, ineluctablemente devienen en la imputación de responsabilidad del Estado por la omisión del legislador, en tanto se hayan materializado los elementos descritos en artículo 90 superior, quedando este en la obligación de reparación por los daños antijurídicos ocasionados, de manera integral según cada situación específica.

Los denominados eximentes de responsabilidad, como el soporte jurídico al que acude el Estado para justificar las razones que le permiten probar que dicha responsabilidad no recae en sí mismo, viabilizan el camino para responsabilizar a un tercero la situación objeto de reproche.

La acción de repetición contemplada como herramienta del Estado, para salvaguardar el patrimonio económico público, únicamente tiene lugar una vez exista fallo que declara la responsabilidad del Estado, ese título de imputación permite que el Estado tenga la facultad de recriminar al funcionario causante del daño antijurídico.

Finalmente, del estudio de los distintos elementos de remedio que se analizaron (a juicio del autor), la sentencia integradora tipo aditiva o integradora la considera herramienta idónea para estas situaciones en las que efectivamente existe una “omisión legislativa relativa”, elegida preferentemente por el órgano Constitucional, para evitar el retiro completo de una norma a causa de una anomalía solo uno de sus preceptos normativos, para optimizar tiempo y recursos y remediar la violación del derecho constitucional protegido sobre comunidades especiales. Decisiones de esta índole que son de obligatorio cumplimiento por el carácter prevalente que tiene el órgano de cierre constitucional.

Referencias Bibliográficas

- Acuña Montañez, N. (2020). *Acción pública de inconstitucionalidad en el Estado Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Arenas, H. (2020). *¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad*. *Vniversitas*, 69. <https://doi.org/10.11144/JAVERIANA.VJ69.EREE>
- Builes Betancur, J & Betancur Osorio, S. (2020). La omisión legislativa y el control de constitucionalidad. Trabajo de Grado. Universidad CES. Medellín.
- Cárdenas-Contreras, L. E., Carrasco-Soulé, H., Castro-Buitrago, C.E., Chacón-Triana, N. M., Martínez-Lazcano, A. J., Pinilla-Malagón, J.E., ... & Sierra-Zamora, P.A. (2016). *El control de convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el*

sistema interamericano de derechos humanos. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

Celemín Caicedo, A. (2016). *El exhorto al legislador: análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.04>

Cubillos, F. (Ed.). (2020). *Inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Bogotá, Colombia: Fondo de publicaciones Corporación Universitaria Republicana.

Cubides-Cárdenas, J., Pinilla- Malagón, J. E., Torres Ávila, J., & Vallejo-Almeida, G. (2016). *Derecho Público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*. 2016.

Cubides Cárdenas, J., Chacón Triana, N., Garay Acevedo, C., Martínez Lazcano, A., Montoya Ruiz, S., Rodríguez Bejarano, C., Barreto Cifuentes, P., Castro Buitrago, C., & Castro Ortiz, J. (2017). *Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Cubides Cárdenas, J & Vivas Barrera, T.G. (Eds.). (2018). *Responsabilidad internacional y protección ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Garzón Buenaventura, E.F. (2014). *La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica*. *DIXI*, 16(20). <https://doi.org/10.16925/di.v16i20.832>

Gómez, M. (2016). *Omisiones legislativas absolutas y límites intrínsecos del control de constitucionalidad*. Trabajo de Grado. Pontifica Universidad Javeriana.

Gonzales Noriega, O.C. (2017). La omisión legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial de Estado. *Verba Iuris*, (35), 41-63. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.5>

Güiza Suárez, L. (2014). *Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia*. *Opinión jurídica*, 10(20).

Recuperado a partir de
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/738>

Lorenzetti, R. (2011). El paradigma ambiental. (Eds.). Teoría del derecho ambiental (pp. 3-14) Bogotá Colombia Temis Editorial.

Lugo-Garrido, J.A. (2020). Responsabilidad del Estado por omisión legislativa y su desarrollo jurisprudencial en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de la responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista De Derecho Privado*, (20), 371-398. Recuperado a partir de
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898>

Perafán del Campo, E.A. (2019). La desigualdad como experiencia estética: una corta reflexión para la sociología jurídica y política. *Novum Jus*, 13(1), 7-10. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.11>

Restrepo, J.F. & Vergara, S.A. (2020). Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa: Un instrumento procesal constitucional para la protección judicial efectiva de los derechos fundamentales. *Opinión jurídica*, 19(39),203-226. Obtenido de <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a9>

Riveros, D. (2006). El desplome de la igualdad: Una omisión legislativa relativa y dos conceptos de igualdad. *Revista Derecho Del Estado*, (19), 53-70. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/715>

Villota Benavides, M.S. (2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social del derecho. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 42(117),455-479. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php./derecho/article/view/3588>

Normatividad

Constitución Política de Colombia (1991). *Revisada y actualizada*. 41 ed. edición Bogotá D.C.: Legis

Convenio Número 169 de la OIT (27 de junio de 1989) sobre pueblos indígenas y tribales.

Decreto 2067 (1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.: *Diario Oficial* No. 40.012 del 4 de septiembre de 1991

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de marzo de 1994) Sentencia C-108 [MP Hernando Herrera Vergara]

Corte Constitucional, Sala Plena (16 de octubre de 1996) Sentencia C-543 [MP Carlos Gaviria Diaz]

Corte Constitucional, Sala Plena (1 de diciembre de 1999) Sentencia C-956 [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional, Sala Plena (12 de abril de 2000) Sentencia C-427 [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

Corte Constitucional, Sala Plena (23 de abril de 2000) Sentencia C-285 [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena (13 de marzo de 2002) Sentencia C-185 [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Plena (23 de abril de 2002) Sentencia C-285 [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional, Sala (11 de septiembre de 2003) Sentencia C-778 [MP Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional, Sala Plena (5 de diciembre de 2005) Sentencia C-1266 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional, Sala Plena (15 de marzo de 2006) Sentencia C-192 [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena (31 de mayo de 2006) Sentencia C-422 [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional, Sala Plena (11 de octubre de 2006) Sentencia C-833 [MP Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional, Sala Plena (14 de octubre de 2009) Sentencia C-728 [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de diciembre de 2009) Sentencia C-931 [MP María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de marzo de 2010) Sentencia C-173 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena (6 de abril de 2011) Sentencia 259 [MP Luís Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sala Plena (11 de mayo de 2011) Sentencia 366 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sala Plena (17 de agosto de 2011) Sentencia C-619 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional, Sala Plena (31 de agosto de 2011) Sentencia C-644 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sala Plena (30 de mayo de 2012) Sentencia C-395 [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional, Sala Plena (19 de junio de 2013) Sentencia C-351 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena (20 de noviembre de 2013) Sentencia C-833 [MP María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de diciembre de 2014) Sentencia C-957 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena (8 de septiembre de 2015) Sentencia C-584 [MP Gloria Stella Ortíz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena (3 de agosto de 2016) Sentencia C-401 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sala Plena (22 de agosto de 2016) Sentencia U-449 [Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena (18 de enero de 2017) Sentencia C-005 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sala Plena (8 de febrero de 2017) Sentencia C-077 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sala Plena (3 de mayo de 2017) Sentencia C-286 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena (8 de febrero de 2017) Sentencia C-077 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sala Plena (7 de marzo de 2018) Sentencia C-010 [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena (29 de agosto de 2018) Sentencia C-083 [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional, Sala Plena (14 de noviembre de 2018) Sentencia C-121 [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional, Sala Plena (6 de agosto de 2019) Sentencia C-356 [MP Diana Fajardo Rivera]

Corte Constitucional, Sala Plena (24 de julio 2019) Sentencia C-326 [MP Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional, Sala Plena (27 de noviembre de 2019) Sentencia C-572 [MP Antonio José Lizarazo Ocampo]

Corte Constitucional, Sala Plena (15 de abril de 2020) Sentencia C-122 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena (17 de junio de 2021) Sentencia C-189 [MP José Fernando Reyes Cuartas]

Consejo de Estado, Sala Plena, Contenciosos Administrativo (3 de abril de 2018) Sentencia C-0209 [MP Rocío Araújo Oñate]