

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR

**LINA MARCELA ISAZA MARIN
LILIANA MONTOYA CUARTAS**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2006**

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR

LINA MARCELA ISAZA MARIN

LILIANA MONTOYA CUARTAS

Monografía para optar al título de Abogado

Directora

BERNARDITA PEREZ RESTREPO

Abogada

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLIN

2006

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Medellín, 30 de noviembre de 2006

**Para todos aquellos que me
han acompañado en este
empeño, especialmente a
mi familia y amigos.**

LINA MARCELA ISAZA MARIN

**A mi familia por su
amor y apoyo incondicional
hoy y siempre.**

LILIANA MONTOYA CUARTAS

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus más sinceros agradecimientos a:

La Doctora **Bernardita Pérez Restrepo**, directora del Postrado de Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, inigualable directora de monografía, que con su mejor disposición nos acompañó, apoyó y orientó en este trabajo, con instrucciones profundas pero sencillas que lograron despejar nuestras dudas y permitieron plasmar nuestros pensamientos en el escrito que hoy presentamos. Igualmente agradecemos por su continua estimulación y motivación a seguir adelante.

La Doctora **Gloria Patricia Lopera Mesa**, docente de tiempo completo de la Universidad Eafit, por compartimos sus conocimientos respecto al poder vinculante de la Constitución, sus oportunas y acertadas opiniones que sin lugar a dudas contribuyeron al desarrollo de este escrito.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

1	JUSTIFICACIÓN	14
2	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
3	OBJETIVOS	17
3.1	OBJETIVOS GENERAL.....	17
3.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	17
4	CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO.....	19
4.1	MODELOS QUE GOZAN DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.....	20
4.1.1	ESPAÑA	20
4.1.2	ALEMANIA.....	26
4.2	MODELOS QUE NO GOZAN DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES:.....	29
4.2.1	FRANCIA.....	29
5	CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO	35
5.1	CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	35
5.1.1	CRITERIO SUBJETIVO	37
5.1.2	CRITERIO OBJETIVO	38
5.2	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	41
5.3	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR BAJO LA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1991	49
5.3.1	NORMATIVIDAD QUE CONSAGRA LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA.....	54
5.3.1	NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL.....	55
5.3.1.1	PARTE AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	55
5.3.1.1.1	PREÁMBULO	55

5.3.1.1.1.2	ARTÍCULO 1.....	56
5.3.1.1.1.3	ARTÍCULO 2 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 13	56
5.3.1.1.1.4	ARTÍCULO 3.....	57
5.3.1.1.1.5	ARTÍCULO 4.....	57
5.3.1.1.1.6	ARTÍCULO 5.....	57
5.3.1.1.1.7	ARTÍCULO 6 EN CONCORDANCIA CON LOS ARTICULOS 121, 123, 124 y 133.....	58
5.3.1.1.2	PARTE ORGÁNICA.....	59
5.3.1.1.2.1	ARTÍCULO 90.....	59
5.3.1.1.2.2	ARTÍCULO 113 EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 114	59
5.3.1.1.2.3	ARTÍCULO 228.....	60
5.3.1.2	OTRAS NORMAS	60
5.3.1.2.1	DECRETO 2304 DE 1989 ARTICULO 16.....	60
5.3.1.2.2	LEY 446 DE 1998 ARTICULO 31	60
5.3.2	CRITERIOS UTILIZADOS PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD AL ESTADO COLOMBIANO.....	61
5.3.2.1	RÉGIMEN SUBJETIVO	61
5.3.2.1	LA FALLA EN EL SERVICIO	61
5.3.2.2	RÉGIMEN OBJETIVO	63
5.3.2.2.1	EL DAÑO ESPECIAL.....	63
5.3.2.2.2	RIESGO EXCEPCIONAL.....	64
5.3.3	EVENTOS EN LOS CUALES EL ESTADO PUEDE RESULTAR RESPONSABLE PATRIMONIALMENTE POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR.....	66
5.3.3.1	EVENTOS TAXATIVOS	67
5.3.3.2	EVENTOS DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA.....	67
5.3.4	ACCIONES CON LAS QUE CUENTAN LOS PARTICULARES PARA LOGRAR EL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS A ELLOS OCASIONADOS CON EL ACTUAR DEL LEGISLADOR.....	68
5.3.4.1	ACCIONES INDIVIDUALES	69
5.3.4.1.1	ACCION DE REPARACION DIRECTA.....	69
5.3.4.2	ACCIONES COLECTIVAS	70

5.3.4.2.1	ACCIONES POPULARES	70
5.3.4.2.2	ACCION DE GRUPO	71
6	CAPÍTULO III: EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DESARROLLADA POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 1991, FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN COLOMBIA	72
6.1	JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	73
6.2	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	89
7	CAPITULO IV: SUPUESTOS, FUNDAMENTOS Y PRECISIONES QUE PERMITEN LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA CLARA Y COHERENTE DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR.....	99
7.1	FUNDAMENTOS QUE PERMITEN SOSTENER UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO- LEGISLADOR	104
7.1.1	SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.....	104
7.1.2	NOCIÓN ACTUAL DE SOBERANÍA Y NATURALEZA DE LA LEY	108
7.1.3	CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y REGULACIÓN NORMATIVA EN LA CARTA FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR	110
7.2	CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR	116
7.2.1	EL ACTO QUE CAUSA UN DAÑO ESPECIAL.....	118
7.2.2	NEXO CAUSALIDAD ENTRE EL ACTUAR DEL LEGISLADOR Y EL DAÑO OCASIONADO.....	121
7.2.3	QUE LA CONDUCTA SEA IMPUTABLE AL LEGISLADOR.....	122
7.3	EVENTOS EN LOS CUALES EL ESTADO LEGISLADOR ES RESPONSABLE PATRIMONIALMENTE POR SUS ACTOS.....	123
8	CONCLUSIONES.....	126
	BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCIÓN

Más de un siglo antes de que Luís XVI ascendiera al trono en 1.774, el Estado Francés había sufrido periódicas crisis económicas como consecuencia de las largas guerras emprendidas durante el reinado de Luís XIV, la mala administración de los asuntos nacionales en el reinado de Luís XV y el aumento de la deuda generada a raíz de los préstamos a las colonias británicas de Norteamérica durante la guerra de independencia estadounidense.

En vista de tal situación, los defensores de la aplicación de reformas fiscales, sociales y políticas, comenzaron a reclamar con gran insistencia la satisfacción de sus reivindicaciones, durante el reino de Luís XVI, por lo que el rey se vio en la necesidad de nombrar un controlador de finanzas que en principio instituyó una política rigurosa respecto a los gastos del Estado, pero que más adelante quedó en desuso. La crisis entonces, empeoró durante los años siguientes, quedando al descubierto el gravoso costo que suponían para el Estado los estamentos privilegiados, de tal manera, que el pueblo exigía la convocatoria de los Estados Generales, esto es, una asamblea formada por representantes del clero, la nobleza y el tercer Estado.

“Cuando finalmente los Estados Generales se reunieron en Versalles, el 5 de mayo de 1.789, se originaron grandes disputas respecto al tema de las votaciones que finalizaron el 17 de junio, cuando los miembros del Tercer Estado se declararon como únicos integrantes de la Asamblea Nacional, que no representaría a las clases pudientes sino al pueblo en sí. Luego, el 9 de julio, los Estados Generales se declararon Asamblea Nacional Constituyente, que tenía como objetivo principal dotar a Francia de una nueva Constitución”¹.

Así, la primera medida de la Asamblea fue proclamar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789, cuyo texto fue incorporado en 1.791 al contenido de la Constitución Francesa. Con el paso del tiempo, el contenido y los principios que inspiran tal declaración, han sido adoptados por la gran mayoría de los Estados del mundo contemporáneo, otorgándole gran importancia histórica.

¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/revoluciónfrancesa>.

En efecto, constituye un gran acontecimiento histórico, en el marco de la revolución francesa, la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano y la posterior entrada en vigencia de la primera Constitución Francesa, en tanto, es a partir de allí que nace el modelo político denominado Estado de Derecho, que se caracteriza por la sumisión del poder al derecho, mediante la limitación jurídica de su actividad, que encuentra sus bases en el principio de la separación de poderes, en el de legalidad de la actuación administrativa y la responsabilidad del Estado, tras el reconocimiento de su personalidad jurídica.

El principio de legalidad como fundamento del Estado de derecho, fue concebido en sus inicios como la sumisión de la rama ejecutiva, la judicial y de los ciudadanos a la ley, por ser emanación directa de la voluntad popular, en otras palabras, se entendió como el “imperio de la ley”. Con el tiempo éste principio ha ido perfeccionándose, a tal punto que hoy se entiende como la necesidad de que todos los poderes públicos se sometan al derecho y marchen en conjunto.

Así las cosas, se entiende actualmente que el legislador hace parte integrante del engranaje estatal, cuya actividad se encuentra limitada por el sometimiento al derecho, al igual que las otras autoridades públicas, en tal sentido, debe entenderse que el aparato legislativo no puede funcionar autónoma e independientemente, sino que debe ir acompasado con el resto de la maquinaria estatal, de esta manera aun cuando no hay un aparte del trabajo dedicado a hablar exclusivamente de los límites en el desarrollo doctrinario, de las funciones del legislador en un Estado social y democrático de Derecho, este es un asunto que permea todo el trabajo, pues a lo largo de él, se alude a dichos límites, dentro de los que se desacatan el cumplimiento de los fines y objetivos del Estado y el respeto de los preceptos de rango constitucional.

Actualmente, se concibe al legislador como una autoridad pública, un órgano constituido, significando con ello, una institución creada y regulada por la Constitución, cuyas principales funciones se encuentran definidas en la misma, de tal manera que constituye su principal obligación el asegurar a todos los integrantes de la nación, la integral salvaguarda de sus derechos, promoviendo un marco jurídico democrático y participativo, de tal manera, que se garantice a los ciudadanos un orden social, económico y político acorde con las necesidades

reales, en cada momento histórico y de esta manera se hacen efectivos los fines esenciales del Estado.

Así, dentro de la función pública que concierne al legislador y bajo el entendido de que el actuar del legislador es manifestación de la voz del pueblo, de la soberanía del mismo, se pregunta entonces: ¿El Estado Colombiano puede en un determinado momento contraer responsabilidad patrimonial alguna, frente a los ciudadanos colombianos, teniendo como fundamento normativo el Artículo 90 de la Carta Política, quienes a lo largo de sus vidas son sometidos a la voluntad y voz de un legislador, a través de las leyes que estos promueven?. Nótese entonces, que es la Constitución, definida en el artículo 4 de la misma, como norma de normas, el instrumento idóneo que nos permite concretizar en el trabajo que nos ocupa, la existencia o no de un control sobre dicho poder público del cual se derive o no una responsabilidad patrimonial.

Ni la doctrina administrativa, ni los estudios de derecho constitucional, han encaminado sus esfuerzos al análisis profundo de la responsabilidad patrimonial de Estado-legislador, además una gran cantidad de obras dedicadas al estudio de la responsabilidad del Estado, pasan de largo el análisis del tema o a lo sumo, en el mejor de los casos, hace una alusión casual. No obstante, en contraste con el relativo desinterés de la doctrina, la jurisprudencia colombiana, aunque de manera tímida, ha contribuido con la evolución y consecuente desarrollo del tema en nuestro país, con fundamento en el influjo de las instituciones jurídicas del derecho comparado, especialmente el de España, Francia y Alemania.

Pues bien, en este trabajo no se ha pretendido otra cosa que hacer un breve recorrido por esa trayectoria de la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador en Colombia y se enfatiza, que el análisis se hace sólo frente a los hechos, en tanto de manera deliberada se decidió omitir el estudio del mismo tipo de responsabilidad sobre las omisiones del legislador, ya que por su importancia y extensión debe ser abordado de manera separada y pormenorizada.

Este trabajo entonces, tiene como cometido, plantear elementos que promuevan la construcción de una adecuada teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador que se adecue a las características nacionales, a la naturaleza del Estado Social de Derecho que se adoptó tras la Constitución de 1.991 y a nuestras condiciones económicas y de desarrollo. De esta manera

a lo largo del trabajo se pretende establecer en qué eventos y con base en qué normatividad es posible imputar al Estado responsabilidad patrimonial por los actos del legislador, teniendo claro cuales son los límites en el desarrollo doctrinario de las funciones del legislador en un Estado Social y Democrático de Derecho, para luego identificar las acciones por medio de las cuáles, los ciudadanos, pueden impugnar un actuar del legislador, de manera tal que los lesionados obtengan una indemnización, que se constituya en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Para finalizar es menester señalar que las proposiciones que se presentan para afirmar la posibilidad de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado- legislador tienen como principal fundamento el principio de igualdad, de todos los particulares frente al Estado y más exactamente frente a las cargas públicas, como una forma de protección de los derechos inherentes al ser humano y de respeto por la dignidad humana, valores especialmente salvaguardados en los Estados constitucionalizados como el nuestro.

1 JUSTIFICACIÓN

Con el paso de los años y la evolución de la doctrina jurídica extranjera y nacional, el principio de irresponsabilidad del Estado por hecho de las leyes, ha ido entrando en desuso, de forma tal, que las palabras de La Ferriere, según las cuales, *“los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confiera ningún derecho de indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que puedan reclamar de ellas ninguna compensación”*, han sido cuestionadas, ampliamente debatidas y superadas.

En efecto, en el ámbito nacional, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.991, se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano de manera expresa, una cláusula general de responsabilidad, formulada por el artículo 90 en los siguientes términos: el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas(...).”* Es justamente este precepto el fundamento Constitucional de la obligación reparatoria estatal por los actos del legislador, bajo el entendido, obviamente, de que el legislador es una autoridad pública.

Así, tras la entrada en vigor de la nueva Carta Política y la consecuente adopción del modelo político de Estado Social de Derecho nuevos elementos rigen el poder, todos y cada uno de los órganos estatales se obligan al cumplimiento de la Constitución y la ley, de forma tal, que sea efectivo el cumplimiento de los fines del Estado. El legislador, como autoridad pública, no es ajeno a tales propósitos, de tal modo que cuando éste con su actuar causa un daño antijurídico, vulnerando derechos de los asociados, debe resarcir los perjuicios ocasionados, originando la responsabilidad patrimonial al Estado por los actos del legislador.

Nótese entonces, que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador, resulta un tema de gran interés, bastante novedoso y siempre de actualidad en Colombia, sin embargo, ni la Constitución, ni la legislación, le han prestado al asunto el interés

que amerita. La doctrina nacional, poco se ha preocupado por el estudio del tema, escasos son los ensayos y trabajos al respecto, por su parte la jurisprudencia ha hecho referencia a la cuestión de manera tímida, esto significa que además de abrir la puerta para endilgar este tipo de responsabilidad, no ha creado una teoría coherente y continuada que permita con fundamento en ella construir un concepto claro y sólido sobre la materia.

Todo lo señalado anteriormente, legítima la construcción en nuestro ordenamiento jurídico de una teoría que permita poner fin de manera definitiva, a la irresponsabilidad del legislativo, lo que constituye el objeto de este trabajo y que será posible en la medida en que se retomen las ideas del derecho comparado, pues éstas constituyen bases importantes, y al mismo tiempo que se logren despejar interrogantes tales como las que se plantean a continuación: ¿Es posible predicar la existencia de la responsabilidad patrimonial objetiva tomando como fundamento normativo el artículo 90 Superior?, ¿Cuáles son los eventos en los cuales el Estado puede ser responsable por el hecho de las leyes? y ¿qué acciones resultan pertinentes para que los ciudadanos, puedan impugnar un actuar del legislador, de manera tal que los lesionados obtengan una indemnización, que se constituya en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados?.

Justifica entonces nuestro cometido, el deseo de justicia que se refleja en la exigencia a todos los órganos del poder público, y en especial del legislativo, en el ejercicio de sus funciones, una actuación equilibrada, razonable, responsable y sobretodo subordinada al ordenamiento Constitucional que permita la salvaguarda de los derechos de los asociados y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad Colombia se encuentra erigida como un **Estado Social de Derecho**, así lo propugna el artículo primero de la Carta Constitucional: *“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*. Este pronunciamiento evidencia los cimientos de esta forma estatal: un ser humano como un fin en sí mismo, el trabajo como dignificación del hombre, la ayuda mutua entre las personas y comunidades, y la prevalencia de ciertos bienes de rango común, como la paz y el orden público, ante el interés privado.

Con base en dichos presupuestos, el Estado Colombiano está encaminado al alcance efectivo de unos fines constitucionales, definidos por el Art. 2° de la Constitución Política, de los cuales hacen parte la vida y el trabajo. En la lucha por alcanzar sus fines, la misma Constitución en sus artículos 113 y siguientes, estructura el Estado dividiéndolo en tres diferentes ramas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, siendo la primera de éstas, la encaminada a la creación de las leyes que tiene por objeto enmarcar el actuar legal de los ciudadanos colombianos.

Dentro del importante tema de la función pública, atañe al legislador y a partir del entendimiento de que su actuar es manifestación de la voz del pueblo remarcado de soberanía, se pregunta entonces, ¿El Estado Colombiano puede en un determinado momento contraer responsabilidad patrimonial alguna, frente a la ciudadanía colombiana, partiendo del Artículo 90 de la Carta Política, quienes en calidad de particulares son sometidos a lo largo de sus vidas a la voluntad y voz de un legislador, que se dice, es la voz del pueblo?. De ahí que se haga necesaria la remisión a la misma Constitución, como norma de normas, pues será el instrumento idóneo que nos permita concretizar en el trabajo que nos ocupa, la existencia o no de un control sobre dicho poder público del cual se derive o no una responsabilidad patrimonial.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVOS GENERAL

Realizar un estudio jurídico y presentar algunos planteamientos, a partir de la normativa colombiana, la doctrina y la jurisprudencia, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador, de tal forma que sea posible asumir una posición al respecto

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Obtener un conocimiento general acerca de la “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR”.
- Establecer en qué eventos y con base en qué normatividad es posible imputar al Estado responsabilidad patrimonial por los actos del legislador.
- Determinar los límites en el desarrollo doctrinario de las funciones del legislador en un Estado social y democrático de Derecho
- Elaborar un estudio respecto al desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho comparado.
- Realizar un análisis de la jurisprudencia nacional existente, respecto al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, de manera tal que sea posible identificar la posición de los altos jueces respecto al tema.

- Identificar las acciones por medio de las cuales, los ciudadanos, pueden impugnar un actuar del legislador, de manera tal que los lesionados obtengan una indemnización, que se constituya en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

4 CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPARADO

En Colombia, desde la Constitución de 1886, el Consejo de Estado ha encontrado en la Carta Suprema, de manera general e implícita, el fundamento para imputar responsabilidad patrimonial al Estado por el hecho de las leyes²; ya con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.991 se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano de manera expresa, el fundamento constitucional de la obligación reparatoria estatal por los actos del legislador, así lo formula el artículo 90 en los siguientes términos: el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas(...).”*³

Ahora bien, el razonamiento en atención al cual los perjuicios causados por las leyes pueden ser objeto de compensación a cargo del Estado colombiano, tras demostrarse su responsabilidad, no encuentra su origen en la doctrina o jurisprudencia nacional; de ahí, que sea indispensable efectuar en un primer término una remisión al derecho comparado, específicamente a países tales como España, Francia y Alemania, los cuales además de que se han configurado de manera histórica en un modelo a seguir por nuestros legisladores, doctrinantes y jueces, son Estados abanderados en el desarrollo del tema que nos proponemos abordar.

Así, conforme a los avances que se han dado en los ordenamientos jurídicos de los Estados señalados frente al tema objeto de este escrito, será posible desarrollar en Colombia respecto de su realidad jurídica, una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador tanto por sus actuaciones como por sus omisiones.

² Artículos 2º, 16 y 30, que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título.

³ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, Paris, LGDJ, 1888 (reedición de 1989), p. 12. citado por ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador*. Editorial MARCIAL PONS Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, España. 1999. pág. 25

Sin más preámbulo, procedemos a hacer una escueta pero clara exposición respecto a la evolución jurídica que se ha venido evidenciando de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho comparado, concretamente en los países antes mencionados, separando aquellos que gozan de controles materiales a la gestión legislativa, de aquellos que por el contrario no cuentan con un control de constitucionalidad, pues en uno y otros diferirá el grado de soberanía y supremacía Constitucional.

4.1 MODELOS QUE GOZAN DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

4.1.1 ESPAÑA

El reconocimiento normativo de un principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones imputables al poder legislativo en el derecho español, se originó tras un lento proceso; consecuencia del viejo dogma de la irresponsabilidad del soberano, de la tradicional inmunidad de que gozaba el poder público.⁴

Concretamente, la renuencia que en un comienzo existía respecto de la responsabilidad del Estado-legislador, obedecía al principio de soberanía parlamentaria; según el cual, al ser el parlamento el órgano depositario de la soberanía, sus decisiones eran manifestación del poder supremo del Estado y en tal sentido, no sería admisible suponer la reparación de los daños que pudiese ocasionar con su actuar⁵. Se hablaba entonces de una legitimidad en la causa que originaba el perjuicio; implicando que los ciudadanos estuviesen obligados a resistir los daños generados por las leyes, salvo que la misma ley admitiera el reconocimiento y resarcimiento de las lesiones patrimoniales que pudiese generar una determinada disposición legislativa⁶.

⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo II. Cuarta Edición. Editorial CIVITAS. Madrid, España. 1995. Pág. 365

⁵ Un ejemplo jurisprudencial, lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1917, en la cual se rechaza toda responsabilidad patrimonial, aduciendo que no cabe reclamar indemnización cuando el perjuicio ha sido producto de un acto legislativo y no de la administración.

⁶ Un ejemplo de que la ley puede prever expresamente la obligación de indemnizar a los particulares perjudicados con su aplicación, es la Ley 8 de 12 de marzo de 1975, en la que, en la medida en que establece ciertas limitaciones a la propiedad en zonas colindantes con las instalaciones militares, también reconoce y determina la cuantía de las indemnizaciones a que hubiere lugar, en remisión a la legislación general en materia de responsabilidad y expropiación.

Respecto de esta exención de responsabilidad, resulta de total importancia y pertinencia traer a colación las palabras de LAFERRIÈRE:

“(…) Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confiera ningún derecho de indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que puedan reclamar de ellas ninguna compensación. El legislador solo puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montaje teniendo en cuenta las bases y en las formas previstas en la Ley (...)” De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendiente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción.”⁷

Además del principio de soberanía, el principio de generalidad de la ley, también era fundamento de negación de la responsabilidad patrimonial del legislador, esto bajo el razonamiento de que la generalidad de la norma, impedía la concreción de los perjuicios que de ella se derivaran como de particulares o especiales, únicos perjuicios susceptibles de reparación desde una teoría de la responsabilidad extracontractual administrativa. Por otra parte, admitir una posible indemnización derivada de un acto legislativo, implicaría por su carácter de general, abarcar todos los posibles riesgos que pudiesen sufrir los ciudadanos, situación que no podría ser asumida por el erario público. Sin embargo, se señala que este fundamento queda sin piso con la expedición de leyes de carácter singular, que generan por tanto perjuicios especiales a sujetos claramente individualizados.

No obstante, el clima de irresponsabilidad patrimonial, no solo del Estado-legislador, sino del poder público en general, que se vivía para aquel entonces, se consagraba en el Código Civil español de 1889, en su artículo 1902 el principio general según el cual *“toda persona responde*

⁷ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, Paris, LGDJ, 1888 (reedición de 1989), p. 12. citado por ALONSO GARCÍA, *Consuelo. Op. cit.* pág. 25

*de los daños que por acción u omisión causa a otro, interviniendo culpa o negligencia” dicha responsabilidad como bien lo señala el artículo 1903 *Ibidem* “es exigible por actos u omisiones propios y además por los de aquellas personas por quienes se debe responder” de esta manera es posible endilgar responsabilidad al Estado, cuando obra por medio de un agente especial⁸, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada.*

Nótese pues, como en el derecho Español, el establecimiento de la responsabilidad del Estado fue obra de creación legislativa. Resulta claro que existían normas del Código Civil que reglaban el tema, sin embargo, éstas no fueron acogidas con fuerza por la jurisprudencia y doctrina española, puesto que como lo afirma Eduardo García De Enterría⁹, en la práctica nunca se logró identificar un real agente especial. La Ley municipal de 31 de octubre de 1.935, que daba cuenta de la responsabilidad de las entidades municipales, entre la demás legislación civil existente en la época, tampoco logró una vivencia práctica que propiciara un ambiente de responsabilidad administrativa.

Así, en busca de superar la absoluta irresponsabilidad por el hecho de las leyes, campo que nos ocupa en el desarrollo de este escrito, a las cuales se les había dotado de una naturaleza política inmune a todo juicio de injusticia y con el objeto de otorgar cobertura patrimonial a los ciudadanos excluidos singularmente de sus bienes y derechos adquiridos, a través de operaciones efectuadas por medio de disposiciones de carácter legislativo, la doctrina y la jurisprudencia española tomaron como herramienta de imputación de responsabilidad patrimonial al legislador, la Ley Expropiatoria de 16 de diciembre 1954, que constituyó el antecedente más relevante del establecimiento, en términos amplios, de la responsabilidad objetiva por los actos de la administración.

⁸Entiéndase por agente especial en palabras de Eduardo García De Enterría, aquel sujeto que por no ser funcionario no podía predicarse de él la calidad de órgano del Estado. GARCÍA DE ENTERRIA , Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Op. cit.* Pág. 367

⁹ *Ibidem* Pág. 367

Dicha Ley Expropiatoria se constituyó entonces, en mecanismo de imputación patrimonial al legislador, mediante un amplio ejercicio interpretativo de su artículo 1º por parte de la doctrina (habiendo recogido el precepto el artículo 33.3. de la Constitución Española de 1978), quien señaló que el instituto expropiatorio se caracteriza por la singularidad del quebranto ocasionado, sin importar el instrumento por medio del cual se materializa el mismo; de ahí, que rompiendo con la nota de generalidad propia de la ley, que por tal pareciere chocar con la definición de expropiación forzosa dirigida a generar un despojo “singular”, se acepte que la misma en determinadas ocasiones pueda generar un menoscabo económico con la privación singular de derechos patrimoniales legítimos.

Ahora bien, cabe señalar que a pesar de la implementación de la Ley Expropiatoria de 1.954, se seguía respirando un ambiente de irresponsabilidad legislativa, ya que para los eventos en que la ley ocasionaba un daño de naturaleza no expropiatoria no existía regulación alguna en el ordenamiento jurídico español, que permitirá hacer responsable al Estado por estos perjuicios.

En este orden de ideas, comienza en España, tal y como lo afirma la Doctora Bernardita Pérez Restrepo,¹⁰ a tomar protagonismo el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1.978, como base de atribución de responsabilidad patrimonial al legislador en los últimos tiempos; pues consagra en vocablos genéricos la responsabilidad de todos los poderes públicos. Dispone la norma: *“La Constitución garantiza... la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. Siendo entonces, el poder legislativo uno de ellos, es claro que bajo esta disposición constitucional, el mismo pueda resultar patrimonialmente responsable por los daños que con su actuar, produzca al patrimonio de los ciudadanos.

Muy a pesar de la anterior consideración, esta solución no ha sido adoptada de manera unánime por los tribunales españoles, en cuyo entendimiento la responsabilidad legislativa no encuentra real consagración en la Carta Suprema, pues el precepto citado solo hace alusión al poder ejecutivo y judicial, en tanto en la misma Constitución se hace mención concreta a la

¹⁰ PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Apuntaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador. En: Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Número 2. Medellín, Colombia. Septiembre de 1996 pág.81.

responsabilidad de dichos poderes en los artículos 102, 106.2 y 121 respectivamente¹¹, no ocurriendo lo mismo con el poder legislativo frente al cual decidió guardar silencio el Constituyente, respecto de su regulación específica, lo que expone su intención de no hacer responsable al Estado por la actuación del legislativo.

Por otro lado, y frente a la ineficacia del artículo 9.3 de la Constitución Española, comienza a gestarse en España, la tesis de la violación del principio de confianza legítima¹² y otra según la cual el elemento antijuricidad es indispensable en la apreciación de la responsabilidad extracontractual del legislador; antijuricidad que se traduce en la inconstitucionalidad de la norma. Se habla entonces, de la posibilidad de someter las leyes a revisión jurisdiccional, en busca de la superación de la soberanía y omnipotencia de que gozaba el órgano legislativo y la arbitrariedad con la que actuaba, pues éste deberá ajustarse en sus disposiciones a los mandatos constitucionales¹³. Ahora bien, es preciso aclarar, que la sola declaratoria de inconstitucionalidad de una ley no generaba indemnización alguna, se requería que tal inconstitucionalidad, rompiera con el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas¹⁴.

¹¹ El artículo 102 de la Constitución Española, trata sobre la responsabilidad criminal del Presidente y miembros del Gobierno, el artículo 106.2 sobre responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos y el artículo 121 ibidem da cuenta concretamente de la responsabilidad de la administración de justicia.

¹² En diversas sentencias, entre ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, se condenó el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad del Legislador, con base en el principio de confianza legítima y a favor de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exentos del pago de derecho aduaneros tras el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-038/06. Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo Colombiano, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que consagra la acción de reparación directa. 4. orígenes históricos, fundamento y evolución de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador en el derecho comparado. 4.2 El caso español: La responsabilidad patrimonial por actuación del órgano representativo tiene origen, entonces, en la vulneración de la Constitución, la cual dado su carácter de norma suprema, vincula al Legislador en su actuación. Este tipo de responsabilidad, guardaría semejanza con la responsabilidad de la Administración por la expedición de reglamentos ilegales, pues el deber de indemnizar tiene como requisito previo la declaratoria de inconstitucionalidad -o de ilegalidad en el caso de los reglamentos- de la disposición generadora del perjuicio.

¹⁴ AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles. Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)", Revista Española de Derecho Constitucional, No. 62, mayo-agosto 2001, p. 307. citado en la Sentencia C-038/06. Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo Colombiano, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que consagra la acción de reparación directa. "La conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador no son consecuenciales, debido a que no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma".

Entonces, en la ruta de este lento proceso en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por el hecho de las leyes en la madre patria, y en atención a que la Constitución Española no concreta la responsabilidad del legislador, en el año de 1.992 con la entrada en vigencia de la ley 30 *“Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*, se produce un gran avance en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador; al señalar en su artículo 139.3 lo siguiente: *“Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”*.

Sin embargo, aunque por primera vez una ley hizo alusión concreta al deber resarcitorio que cabe al Estado en razón del actuar legislativo, la misma no resulta satisfactoria, pues como bien se puede observar de la lectura del precepto antes citado, únicamente se establece el deber de indemnizar por actos legislativos de contenido no confiscatorio, que provoquen un daño a los particulares que no tengan el deber jurídico de soportarlo. El precepto legal, no contempla el deber indemnizatorio cuando la ley devenga inconstitucional o cuando ésta tiene efectos expropiatorios, deja entonces inconclusa su regulación, además de contener la norma una equívoca y confusa redacción que conlleva a su poca operatividad aplicativa¹⁵.

Así dicho, y aunque el precepto legal de la Ley 30 de 1992 solo contemplaba la obligación resarcitoria estatal por actos legislativos de carácter no expropiatorio, el Tribunal Supremo de España en sentencias del 11 de octubre de 1.991¹⁶ y 5 de marzo de 1.993, identifica la existencia de la responsabilidad del Estado-legislador en tres eventos, a saber:

¹⁵ ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *Op. cit.* pág. 68 y ss: “Las cuestiones más importantes que suscita la aplicación del artículo 139.3 de la ley 30/92 son: la concreción de los actos legislativos que pueden ser objeto de la reclamación indemnizatoria, dado que el mismo excluye los de naturaleza expropiatoria, la determinación del requisito antijuricidad y las causas que dan lugar a la aparición a la obligación de pago, la validez del condicionamiento de la indemnización a la previsión expresa del legislador causante del perjuicio, los efectos de la imputación del deber reparatorio al sujeto encargado de la aplicación de la disposición legislativa y finalmente, la delimitación de los bienes y derechos que pueden ser considerados conceptos indemnizables”.

¹⁶ En esta sentencia, se analiza la eventual responsabilidad y deber resarcitorio que cabe al Estado-legislador, por el anticipo de edad de jubilación de los funcionarios públicos por parte del legislador. Se rechaza que la ley tenga efectos expropiatorios pues no se están vulnerando derechos adquiridos sino meras expectativas de los funcionarios a jubilarse en determinado tiempo.

1. Cuando la ley tenga efectos expropiatorios sobre derechos patrimoniales legítimos y no sobre meras expectativas. Aquí se hace alusión a una actividad lícita que sin dejar de serlo, comporta el deber de reparar el perjuicio que la misma hubiese originado.
2. Cuando una ley haya sido declarada inconstitucional y su aplicación haya generado perjuicios especiales a los particulares. Se trata aquí, de una responsabilidad patrimonial que surge de una actividad antijurídica del legislativo.
3. Cuando la ley sin tener efectos expropiatorios ni ser declarada inconstitucional, merezca algún género de compensación por exigencias de equidad¹⁷, por generar perjuicios económicos graves y ciertos.

Para finalizar, el análisis de la responsabilidad del Estado por la actuación del legislador en el derecho español, resta decir, que todos los supuestos indemnizatorios parten de una misma realidad; tal es, la superación de la delimitación legal de los derechos y la correlativa incidencia de las leyes sobre las situaciones jurídicas particulares legítimamente adquiridas. Cuando el equilibrio entre los principios de limitación de los derechos y el de igualdad ante las cargas públicas es traspasado por un precepto legal, imponiéndose a ciertos individuos un sacrificio que no es soportado por el resto de la colectividad, no teniendo el deber jurídico de soportarlo, desaparece la justificación de las medidas configuradoras incorporadas en la norma; siendo entonces posible hablar del derecho de reparación a cargo del Estado y a favor de los particulares dañados en sus derechos patrimoniales.

4.1.2 ALEMANIA

La responsabilidad patrimonial estatal comienza a abrirse paso en el país germano de manera indirecta, con la denominada, por la doctrina, “teoría del derecho público”, cuyo fundamento lo constituían los actos ilícitos de los funcionarios, en la omisión o el incumplimiento de sus

¹⁷ En este evento plantea la doctrina la posibilidad de indemnización estatal por el atropello de meras expectativas.

deberes, de manera tal que la responsabilidad se le va a endilgar a la entidad estatal a la cual pertenece el funcionario.

De manera paralela se concibe en el derecho alemán la “indemnización del derecho público”, que tenía como punto de partida la acción de los funcionarios cuando estos actúan conforme a derecho, es esta misma teoría la que, posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de Weimar, se ve ligada a la idea de traspaso forzoso de derechos o de la expropiación entendida, según Eduardo García Enterría como “*el sacrificio especial del particular para dejar pasar el interés colectivo*”¹⁸, pero que debía ser indemnizada por el Estado para retribuir al ciudadano un perjuicio ocasionado, o expresado en otras palabras por soportar una carga injustificada.

Entonces, es la jurisprudencia a través de sus decisiones, la encargada de contribuir a la consolidación y evolución de la teoría de la responsabilidad estatal, cuando el Estado con su proceder causa daños a un particular, dando gran trascendencia a la posición de la víctima. Con el paso del tiempo se dio lugar a “la teoría del riesgo” pero en ella solo se consideró como fuente de responsabilidad los eventos en los cuales se causara un perjuicio al particular cuando se actuaba ilícitamente o cuando mediaba culpa del funcionario que causó el daño. Así, se consagraba una responsabilidad estatal irrigada por el elemento culpa.

Mas adelante con la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado en junio de 1981, apoyada en la Constitución de Bonn de 1949, más específicamente en su artículo 34¹⁹, la responsabilidad del Estado por los actos del legislador considerada como objetiva, solo es posible a partir de la expropiación forzosa, en dos eventos claros:

1. El primero se da cuando se presenta una expropiación sin justa causa. De manera tal que una ley materialmente expropiatoria, debe consagrar la justa indemnización

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón *Op. cit.* Pág. 360.

¹⁹ Artículo 34, Ley de responsabilidad patrimonial de Estado de 1981: “*Si alguien vulnera en el ejercicio de un cargo público del que sea titular los deberes que su función le imponga frente a terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el Estado o la entidad a cuyo servicio aquel se encuentre, si bien queda a salvo el derecho de regreso contra el infractor si mediase intención deliberada o negligencia grave. No se podrá excluir el recurso judicial ordinario para la acción de daños y perjuicios.*” Además el Art. 5 inciso 2, de la ley en mención disponía: “*Si consiste la infracción del deber en un comportamiento antijurídico del legislador, tendrá lugar la responsabilidad sólo cuando y en la manera en que la ley lo determine. La responsabilidad por infracciones del deber del poder ejecutivo o judicial que se basen exclusivamente en el comportamiento del legislador no queda afectada.*”.

“Junktin-klausel” so pena de que el Tribunal Constitucional la declarará inconstitucional y a partir de dicho pronunciamiento podrá predicarse jurídicamente que existe el deber de otorgar indemnización.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de la República Alemana (BverfG) con base en el Artículo 14²⁰ de la GRUNDGESETZ, que consagra el derecho a la propiedad, ha señalado de manera enfática que las leyes materialmente expropiatorias que no consagren los criterios suficientes y el procedimiento para la justa indemnización, son inconstitucionales.

2. El segundo evento se funda en que el mismo legislador establezca de manera expresa, en el contenido de una ley que un comportamiento suyo genera responsabilidad.

Resulta necesario señalar que la mencionada Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado fue declarada inconstitucional desde el punto de vista formal, por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 19 de octubre de 1982. No obstante, a través del tiempo, la tradición jurisprudencial germana, ha mostrado que las bases sobre las cuales dicha ley, otorgaba una carga resarcitoria al Estado por los actos del legislador, siguen siendo hasta nuestros días, fundamento de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado.

Debe finalizarse diciendo que no se prevé en el derecho alemán otros eventos, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, que ilustren la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, pero este avance en el tema resulta de gran importancia puesto que apunta unas directrices que

²⁰ Artículo 14 Propiedad, derecho a la herencia y expropiación:

- (1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.
- (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.
- (3) La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

pueden conducir a la construcción de una satisfactoria teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador.

4.2 MODELOS QUE NO GOZAN DE UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES:

4.2.1 FRANCIA

Como es bien sabido Francia es uno de los países líderes en lo que a temas jurídicos se refiere, más aún respecto al tema específico de la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones legislativas, dado que fue en este país donde se originaron las primeras inquietudes y consecuentes análisis relativos al asunto, gracias a la jurisprudencia y a las discusiones que se generaron al interior del Consejo de Estado y que pretenden proteger los derechos de las personas frente a leyes que violenten el orden jurídico superior.

No debe desconocerse que inicialmente sucede lo mismo que en los demás Estados de los cuales se predicaba la irresponsabilidad del Estado por la actividad a su cargo, es decir, que los daños causados por una ley no daban derecho a indemnización alguna no obstante para aquel entonces, se consagraban algunas excepciones entre las que se destacan: Los daños en construcciones de obras públicas, daños causados por tumultos, daños de guerra. Solo en estos eventos se aceptaba la responsabilidad patrimonial y consecuentemente el reconocimiento de una indemnización, para las que se requería una consagración legal. En este tiempo se ofrecía como respaldo a la víctima del perjuicio ocasionado la responsabilidad del propio funcionario, tal como lo establecía el Código Civil Francés, toda vez que se hubiera agotado una actuación administrativa previa sin el cual no se podía demandar ante la jurisdicción Civil.

En este orden de ideas hay lugar a predicar una responsabilidad patrimonial del Estado cuando el Consejo de Estado niegue la autorización para demandar al funcionario que ha cometido la falta. Solo imputaba responsabilidad directamente al funcionario, cuando se observara una conducta personal que ocasionara un daño o perjuicio, en los restantes casos, se entendía que se trataba de una simple falla del servicio impersonal, razón por la cual debía procederse entonces a atribuir responsabilidad al Estado.

Hacia el año de 1.873 por primera vez y con gran cautela se da paso a la responsabilidad patrimonial del Estado tras el Arrêt Blanche que tuvo su fundamento en el Arrêt Rothschild de 1.855 sobre bases autónomas, deslindables del derecho civil; se sostenía en dichos fallos: que la responsabilidad estatal *“no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y exigencia de conciliar de los derechos del Estado con los derechos privados”*²¹ Para este momento histórico la falla del servicio se toma como el referente para endilgar responsabilidad patrimonial objetiva a la administración, que va a responder por las lesiones que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Sin embargo, el verdadero referente de la responsabilidad del Estado legislador en Francia, lo constituyen los Arrêts de La Fleurette de 14 de enero de 1938, Caucheteux et Desmont de 21 de enero de 1944, y, Bovero de 23 de enero de 1963. La razón para dejar de lado la tesis de la irresponsabilidad del Estado-Legislator tiene su fundamento en el progreso general realizado de las teorías de responsabilidad del poder público y especialmente por la evolución del principio de igualdad ante las cargas públicas. De esta manera se comienza a sostener que el antiguo paradigma según el cual la soberanía de la ley y del parlamento, no debía ser obstáculo para que la colectividad compensara los perjuicios que causan los textos de la ley y los reglamentos.

Debe señalarse en este punto, que en Francia dada la especial importancia que se otorga al principio de separación de poderes, no existe control de constitucionalidad de las normas ya vigentes, de manera tal que el Consejo Constitucional limita su actuación a controlar los proyectos de ley orgánica y reglamentos de asambleas parlamentarias de forma automática y, por solicitud de Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente de la Asamblea Nacional y Presidente del Senado o sesenta diputados o senadores, las demás leyes ordinarias, así las cosas, ante un *“control de constitucionalidad precario, fragmentado y rogado por autoridades públicas, la jurisprudencia del consejo de Estado ha sido muy dinámica en la protección a*

²¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón *Op.cit.* Pág. 363

intereses particulares en contra de leyes objetivamente violatorias de la Constitución, de ahí que surja la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado en Francia”²².

En efecto el caso de la Fleurette, se constituye en el verdadero referente de la responsabilidad del Estado-Legislador en Francia, de ahí, que sea necesario hacer alusión expresa a la litis del proceso en mención: Con la entrada en vigencia de la ley del 29 de junio de 1934 se prohibió en la industria lechera la fabricación y venta de cualquier crema sustitutiva de la leche, esto es la producción de crema no exclusivamente Láctea. El artículo 1 de la mencionada ley prescribía *“está prohibido fabricar, promover, poner en venta o vender, importar, exportar o traficar: 1. bajo la denominación de crema seguido o no de un calificativo o bajo de una denominación de fantasía cualquiera un producto que presente el aspecto de la crema, destinado a los mismos usos no provenientes de forma exclusiva de la leche, la agregación o adición de materias grasas distintas está especialmente prohibida”*.

Por su parte la sociedad anónima “la Fleurette” tenía como objeto social la fabricación de un producto denominado gradine caracterizado por ser una crema que no era exclusivamente Láctea desde hacía varios años. Así las cosas, con la entrada en vigencia de la ley de 29 de junio de 1934, dicha sociedad se vio obligada a cerrar. Con el objeto que le fueran resarcidos los perjuicios, la sociedad la Fleurette, accionó ante el Consejo de Estado.

Ante la solicitud del accionante, el Consejo de Estado consideró que dada la situación conforme a la cual el legislador no argumentó que se trataba de una actividad que fuera dañina o nociva para la colectividad o que pusiera en riesgo la salud pública y ha causado perjuicio a un particular en este caso, a la sociedad la Fleurette, generando una desigualdad ante las cargas públicas, es factible solicitar una indemnización del Estado para resarcir el daño ocasionado por la ley emitida. En el mismo sentido, debe indicarse, que de la ley tampoco se desprende que el legislador hubiese tenido la intención de hacer soportar al interesado una carga que normalmente no debía haber tolerado.

²² PÉREZ RESTREPO, Bernardita. *Op. cit.* Pág. 75.

A partir del fallo de la Fleurette se estructura como principio de la responsabilidad del Estado-Legislador los siguientes:

1. Cuando la ley persiga un interés general no hay lugar a imputar responsabilidad patrimonial al legislador, y en consecuencia, tampoco hay lugar a indemnización. Lo mismo sucede cuando el legislador mismo ha previsto un sistema indemnizatorio de las consecuencias judiciales de la ley.
2. La actividad que resulte suprimida por la ley debe ser lícita.
3. El perjuicio por su especialidad y gravedad debe sobrepasar el normal de las cargas que impone la ley.

Así pues, para solicitar indemnización como resarcimiento del perjuicio causado por una ley desde el Arrêt de la Fleurette y hasta nuestros días en Francia, debe probarse entonces, cada uno de los anteriores presupuestos, tornándose en un tipo de responsabilidad exclusiva. Con el Arrêt de la Fleurette la omisión legislativa dejó de ser un obstáculo y la no inclusión de indemnización por el legislador debía interpretarse favorablemente al demandado.

Una vez recorrido el tema de la responsabilidad patrimonial del legislador, en países tales como España, Alemania y Francia, puede colegirse, que el reconocimiento de la responsabilidad estatal tuvo su mayor obstáculo, en la soberanía y supremacía de que gozaba de antaño el Estado en la cultura europea contemporánea; en donde los regímenes políticos autoritarios eran característicos de la época. Sin embargo, con la superación del Estado liberal y el advenimiento de un Estado de Derecho y más aún de un Estado Social y democrático de Derecho, se dio paso con gran arraigo, después de la segunda guerra mundial, al control de los poderes públicos; en concreto hubo un especial desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo en la consagración de una responsabilidad patrimonial del Estado por los actos de la administración, ejemplo de ello, es la Ley Expropiatoria de 16 de diciembre 1954 en España, que constituyó el antecedente más relevante del establecimiento, en términos amplios, de la responsabilidad objetiva por los actos de la administración en este país, ley que fue citada en este trabajo, en acápites anteriores.

Se pasó entonces, de la presunción de licitud de los actos estatales, por el simple hecho de emanar de las Instituciones del Estado, a reconocer que, como en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, el que causa daño a otro está obligado a resarcir el perjuicio generado. En este orden de ideas, se abrió también camino a la responsabilidad del Estado, por los daños causados por las actuaciones del poder judicial, no solo en lo atinente al error judicial sino también por el funcionamiento anormal de la administración de justicia, tal y como lo consagra el Art. 121 de la Constitución española de 1.978²³.

Frente a la evolución jurídica que ha experimentado el tema de la responsabilidad estatal por los actos del legislador en el derecho comparado, es claro que, a diferencia del poder ejecutivo y judicial, el legislativo no ha gozado de un gran auge doctrinal y jurisprudencial; situación esta que se justifica o encuentra sus cimientos en el concepto de soberanía e imperio de la Ley que ha estado latente a través de la historia hasta casi nuestros días. La tradición europea contemporánea, mostraba a un legislador soberano inmune a toda responsabilidad, donde sus normas eran siempre consideradas justas y lícitas; la ley como declaración de la voluntad soberana debía imponerse a todos sin incriminación o recelo alguno.

Sin embargo, del análisis efectuado al derecho comparado, puede dilucidarse como, debido a la proyección social que comenzaron a vivenciar los Estados europeos, se introducen instituciones que replantean la supremacía y soberanía del legislador, defendida con arraigo por LAFERRIÈRE²⁴. Aparecen controles materiales a la labor del legislativo, replanteando su papel de soberano dentro de la organización del Estado; de ahí, que haya sido necesario en el estudio al derecho comparado, separar los modelos que gozan de un control de constitucionalidad de aquellos que no, pues en uno y otro evento diferirá el grado de soberanía y supremacía Constitucional²⁵; observándose de que manera en los Estados que cuentan con dicho control, se

²³ Art. 121 Constitución española de 1978: *"los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado. Conforme a la Ley"*.

²⁴ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, Paris, LGDJ, 1888 (reedición de 1989), p. 12. citado por ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *Op. cit.* pág. 25

²⁵ PEREZ RESTREPO, Bernardita. *Op.cit.* pág.79

da tránsito al poder vinculante supremo de la Constitución, dejando a un lado, la teoría del imperio del legislador.

Ahora, si bien se efectuó dicha separación, para los efectos prácticos ya señalados, también es claro, que aunque no exista un control material de constitucionalidad en sí, tal es el caso de Francia, de igual forma en este Estado se da paso al reconocimiento de la responsabilidad, que es posible imputarle al órgano legislativo por sus actuaciones, si con éstas ocasiona perjuicios a los particulares, quienes no tienen el deber jurídico de soportar tales daños. Es entonces el principio de igualdad ante las cargas públicas la base que permitirá determinar si en un momento dado la aplicación de una ley será o no objeto de resarcimiento patrimonial.

5 CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO

“El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley; sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención, causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente. Al ciudadano cuando acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de justicia, no le interesa tanto obtener una declaración de nulidad de un acto, como si la imposición de una condena al Estado para que se le indemnice íntegramente, una lesión o daño antijurídico”²⁶

5.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

En el derecho moderno tanto privado como público se habla de un principio jurídico, según el cual quien ocasione daño a una persona o a sus bienes tiene el deber jurídico de indemnizar al perjudicado.

En épocas pretéritas, en los que el poder público se ejercía sin ninguna limitante, no tenía cabida la noción de responsabilidad, en tanto imperaba la concepción de la soberanía absoluta, sin ningún control; frente a la cual no podía oponerse ninguna limitación.

Con el devenir del tiempo, la idea respecto al poder público del Estado, ha ido transformándose, más aún con la concepción del Estado Social de Derecho, esto significa que la actividad estatal se sujeta a una legalidad previamente establecida y es aquí cuando aparece la idea de

²⁶GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón *Op.cit.* Citado en la Sentencia C-832/01. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 9° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que da cuenta de la caducidad de las acciones (acción de repetición en cabeza del Estado).

responsabilidad del Estado y en esa medida, solamente cuando el ejercicio del poder público es responsable, se garantiza eficazmente sus relaciones con el Estado.

Responsabilidad es un vocablo genérico que significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, a la obligación de reparar el daño producido. Esta responsabilidad ha sido tradicionalmente clasificada por la doctrina en: contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual es aquella que supone la trasgresión de un deber de conducta impuesto por un contrato determinado, por su parte la responsabilidad extracontractual, también llamada aquiliana, responde por el contrario a la idea de producción de un daño a otra persona, por haber vulnerado el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo a los demás.

Para efectos de este trabajo, el interés debe centrarse en el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual se ha constituido no sólo en un problema jurídico sino también político, en tanto como se expresó más arriba presupone la superación de la concepción absolutista del Estado.

La doctrina señala como fuente histórica de responsabilidad extracontractual del Estado, la propia declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789; que en el artículo 17 prescribió: *“la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente constatada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización”*. Con esta norma se da paso a la responsabilidad extracontractual del Estado y a la consecuente indemnización cuando por necesidad pública se hiciera evidentemente inevitable una expropiación.

Luego, la concepción de la responsabilidad del Estado por causa de expropiación evolucionó notablemente, hasta el punto en el que hoy se reconoce, que el Estado puede causar perjuicios no solo en aspectos referentes a la propiedad privada sino frente a otras actuaciones respecto de las cuales es posible endilgar responsabilidad.

Nótese como *“la responsabilidad del Estado no es solo una concepción política con regulación jurídica, ésta se convierte en una necesidad de sin igual importancia para la existencia de una sociedad, que se destruiría si quien ocasionará los daños no fuera obligado a resarcirlos. Sería este el estímulo a las conductas nocivas, negligentes o riesgosas”*²⁷

Ahora bien, la doctrina ha indicado que es posible señalar dos grandes vertientes para distinguir el concepto de responsabilidad, un criterio subjetivo y un criterio objetivo. El primero se encuentra cargado de elementos personalistas que ubican la responsabilidad en el campo de los comportamientos, las culpas, las intenciones y los reproches, por su parte el objetivo encuadra la responsabilidad de manera más funcionalista, directamente orientada a una visión material del fenómeno.

5.1.1 CRITERIO SUBJETIVO

Resulta un elemento útil para comprender el fenómeno dentro de las áreas en las cuales la responsabilidad resulta siendo un dispositivo de reproche, de sanción personal conforme sucede en el derecho penal, en el derecho disciplinario, en el derecho fiscal y en todo caso, en que la responsabilidad tenga el matiz de punitivo. Este criterio redundante en gran ayuda para el derecho público, en especial en etapas en las que la responsabilidad comenzaba a estructurarse, como se verá en detalle más adelante, dado que su punto de partida es la culpa.

Respecto a los elementos estructurales de este concepto subjetivo debe señalarse que ellos se integran a partir de un comportamiento determinado, valorable desde el punto de vista de la culpa o el dolo, condiciones de apertura del juicio de responsabilidad, de esta manera, si hay una ausencia de dolo o culpa, también se enerva la posibilidad de una responsabilidad.

Es claro que la idea subjetiva de responsabilidad parece insuficiente en aquellos casos en los que se ocasiona una lesión a un derecho jurídicamente tutelado y el hecho dañoso no tiene

²⁷ YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Quinta Edición. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 1995.

relación con conductas culpables. Esta insuficiencia del concepto es más evidente frente a la responsabilidad del Estado, por lo que se hace necesario elaborar un criterio diferente de responsabilidad, dando paso al criterio objetivo.

5.1.2 CRITERIO OBJETIVO

Este concepto no concentra sus fuerzas en la identificación de un individuo a quien puede atribuírsele los efectos lesivos de una acción negativa, sino que la principal tarea es la identificación de un patrimonio a quien se le pueda imponer el deber de reparar un daño padecido respecto de un interés jurídicamente tutelado. En este sentido la responsabilidad emerge como una garantía general del patrimonio frente a la acción de la administración.

Bajo la regencia de este concepto poco importa que haya mediado conducta con culpa o sin ella, o que simplemente no haya ocurrido porque prevalece la razón jurídica sobre la que se fundamenta el deber de reparar.

Del concepto objetivo de responsabilidad es claro que emana una garantía más amplia de protección del patrimonio de los asociados y se diferencia sustancialmente del subjetivo, en tanto, el primero pretende evitar la ocurrencia de alguna disminución injusta al patrimonio y dejarla sin reparar, mientras que el segundo pretende corregir todos los comportamientos que sean marginales al derecho.

En este orden de ideas, debe entenderse que cuando el Estado causa una lesión patrimonial a una persona, ésta debe ser resarcida a través de una indemnización, una vez se confirme la responsabilidad del mismo. Así, dentro del tema de la responsabilidad se hace necesario conceptualizar el daño, por ser precisamente éste el fundamento sobre el cual descansa la responsabilidad.

Respecto a la conceptualización del daño debe hacerse en primera instancia una distinción frente a la noción de perjuicio, debido a que son conceptos diferentes, aun cuando una parte de la doctrina y la misma jurisprudencia²⁸ han insistido en su tratamiento indistinto.

Pues bien, se entiende por perjuicio un detrimento patrimonial cualquiera, pero para que exista resarcimiento se requiere que éste sea antijurídico, significando con ello que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, será una lesión objetivamente injusta, es decir, no justificada. Por su parte el daño requiere de un perjuicio patrimonialmente avaluable para ser indemnizado, con ausencia de una causal que exima de responsabilidad.

“En términos sencillos el profesor Benoit, citado por Juan Carlos Henao, en su obra “El Daño”, diferencia la noción de daño y perjuicio en los siguientes términos: “(...) *el daño es un hecho, es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una institución (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio, al contrario una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada*”²⁹

En consecuencia, se indemniza el perjuicio que proviene del daño y por tanto no es el patrimonio el que sufre el daño, sino el perjuicio causado por él.

Hecha la diferenciación y consecuente definición de daño, se hace indispensable hacer alusión a las características con las cuales debe cumplir el daño como constante, para la imputación de responsabilidad.

²⁸ Consejo de Estado Sentencia del 31 de Julio de 1958. Citada por HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Comparado y Francés. Universidad Externado de Colombia.1998. Pág. 76.

²⁹ CASTRO ZAPATA Maria Elena, MARIN CADAVID Luis Mario y RICO GUERRA Ruben Dario. Responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador. Monografía para optar al título de especialista en derecho administrativo. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia.1999. Pg.123

El daño debe ser cierto, esto es, actual o futuro en oposición al eventual, al genérico e hipotético. El doctrinante Javier Tamayo Jaramillo ha señalado que el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. Con esta característica entonces, se pretende nominar una seguridad de la ocurrencia del daño, sin importar la época en la que se produzca éste.

Una segunda característica del daño es que este debe ser personal; significando con ello que en principio solo la víctima del daño o sus herederos puede demandar el pago de los perjuicios. Esta característica presupone la idea de que el daño debe ser sufrido por toda persona, a la que no se le puede impedir demandar y obtener indemnización.

A su vez el daño debe ser directo, significando con ello que la obligación de resarcir se extiende solo a los daños que de modo previsible se presentan como efecto natural y necesario del hecho dañoso, ubicado en el campo de la relación causal.

Finalmente el daño debe ser moral o material, es material el que afecta el patrimonio de una persona y comprende el daño emergente y el lucro cesante, por su parte el daño moral, también llamado *Pretium doloris*, es el que mira a los sentimientos personales de la víctima, por lo que no se localiza en el plano patrimonial, sino en el de los efectos, no obstante sus consecuencias si repercuten en la actividad de una persona y en esa medida es posible avaluarlas en dinero.

Teniendo claridad respecto de la noción de responsabilidad y de los elementos que la enmarcan, es preciso continuar con el análisis de la misma, ya no en abstracto sino respecto al Estado, dado que es precisamente el cometido de este ensayo. Así, para efectos prácticos en un primer momento se efectuará el estudio de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, para en un segundo término abordar el estudio del mismo tipo de responsabilidad después de la entrada en vigor de de la nueva Carta Política.

5.2 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Si bien fue con la expedición de la Carta Constitucional de 1991, que se abrió paso a la consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, de un fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas³⁰, consideramos significativo, antes de abordar la institución desde la actual Ley fundamental, aludir en un primer término, a la historia jurídico colombiana, que permita obtener una visión amplia y completa de lo que ha sido en nuestro país, la lucha por proteger el patrimonio económico del ciudadano, ante la soberanía del Estado; de ahí, que procedemos en los siguientes acápites, a citar de manera sucinta, los fundamentos jurisprudenciales sobre los cuales se endilgaba tal responsabilidad; cimientos de los que se ha derivado básicamente la construcción de la responsabilidad del Estado colombiano y que como ya se ha expuesto en este escrito, son adoptados del derecho comparado, en concreto de España y Francia, países abanderados en el estudio del tema.

Con el fin propuesto, el profesor JUAN CARLOS HENAO PÉREZ³¹, ofrece una división del avance jurisprudencial en nuestro país, acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado, antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991. Separa el autor, la jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de justicia ordinaria del país, quien fuese la primera entidad dotada de competencia general para pronunciarse sobre tal institución, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, corporación ésta, que pasó de tener una capacidad restringida en términos de juzgamiento de la responsabilidad extra-contractual estatal³², a tener la competencia general en

³⁰ Artículo 90 C.N de 1991: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)".

³¹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Profesor Titular Departamento de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia.

³² HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia II jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público. "Desde el siglo XIX hasta 1964, la competencia entre las dos corporaciones fue repartida, debiendo anotarse de todas formas que era la Corte Suprema la que tenía la competencia general. Al Consejo de Estado sólo le correspondía, en virtud de la ley 130 de 1913, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de una declaratoria de nulidad, y desde la Ley 38 de 1918 las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondió la responsabilidad por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente.

la materia, en virtud del Decreto Ley 528 de 1964; despojándose entonces a la Corte Suprema de la capacidad interventora de la que gozaba.

La división que brinda el autor, resulta certera, en tanto permite advertir con base a qué normatividad o doctrina, una y otra corporación llegaba a imputar responsabilidad patrimonial al Estado; de tal forma, que respetando dicho fraccionamiento, procedemos a realizar un recuento del avance jurisprudencial en términos de la responsabilidad estatal en Colombia, desde los albores del siglo XIX hasta la Constitución de 1991. En tal recorrido, se podrá observar que el desarrollo jurisprudencial en el derecho colombiano, da fe de del deber resarcitorio en cabeza del Estado, por los actos de la administración; pues en lo tocante a la responsabilidad del mismo por los actos del juez y del legislador, no se encuentra en la época, un antecedente jurisprudencial expreso al respecto.

De los primeros fallos que se tenga conocimiento en el siglo pasado, en materia de responsabilidad estatal, se logra percibir, que en un comienzo, la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por parte de la Corte Suprema de Justicia, estaba supeditada a las normas jurídicas de derecho público, es decir, que para que el ciudadano perjudicado en aquel entonces con el actuar administrativo, viera satisfecha su pretensión resarcitoria, debía necesariamente existir una norma pública que de manera expresa, reconociera el deber indemnizatorio a cargo del Tesoro Nacional, en la situación descrita por el perjudicado³³. La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, nace al igual que en otros países como objetiva, la ley consagraba una indemnización a favor de un particular y a cargo del Estado en tanto a casos de guerra y expropiaciones se trataba.

Se evidenciaba en aquel tiempo, el mismo escenario que en un principio se observó en la Europa contemporánea, en países como Francia y España; donde los ciudadanos estaban obligados a resistir los daños generados con el actuar estatal, salvo que la ley admitiera el

³³ Ejemplos de leyes que de manera expresa consagraban una indemnización a cargo del Estado, son las siguientes: La ley 60 de 1878, obligaba al Tesoro Nacional a resarcir los perjuicios causados durante las guerras civiles por los ejércitos republicanos. La Ley 100 de 1938 que decreta auxilios para las víctimas del accidente aéreo de Santa Ana.

reconocimiento y resarcimiento de las lesiones patrimoniales que pudiese generar el Estado con sus actos u omisiones.

En Colombia, no existía por tanto normativamente un principio general que consagrara a cargo del Estado, una obligación indemnizatoria por los daños o perjuicios que le fueran claramente imputables. No obstante, en el seno de la Corte Suprema de Justicia, comenzó a gestarse a finales del siglo XIX, una nueva conciencia jurídica, consistente en la posibilidad de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado bajo un postulado general, basado en la normatividad civil; posibilidad que se fundamentó en la Ley 153 de 1887, el cual en su el Artículo 8, permitía la aplicación analógica de las normas generales del derecho, cuando no existía una ley precisa para el caso objeto de controversia y en su artículo 48, que establecía una responsabilidad a cargo de jueces y magistrados por denegación de justicia, cuando se rehusaren a juzgar, pretextando el silencio de la ley para el caso en concreto.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia, alejándose de la ley como fuente única de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, buscó hacer lo propio con base en fundamentos generales de derecho privado. Se pretendía que los jueces declararan un resarcimiento económico, sin un cimiento normativo que expresamente así lo ordenara y que para tal fin, hicieran uso de los principios generales establecidos en la legislación civil, que trataba los casos de responsabilidad directa e indirecta entre particulares, haciendo entonces extensivas las normas civiles a las personas de derecho público. Se hablaba concretamente de los Artículos 2341³⁴, 2347³⁵ y 2349³⁶ del Estatuto Civil, aún vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, para endilgarle al Estado una responsabilidad tanto directa como indirecta³⁷.

³⁴ Artículo 2341 del C.C: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”.

³⁵ Artículo 2347 del C.C: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuviesen a su cuidado”.

³⁶ Artículo 2349 del C.C: “los amos responderán del daño causado por sus criados o sus sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

³⁷ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Fundamento Constitucional y Legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos – históricos y legislación vigente. En revista Opinión Jurídica. Editorial Universidad de Medellín. Volumen 4. enero-junio de 2005 Número 7. Medellín Colombia. 2005. Para la Corte Suprema de Justicia era claro que: “La

La responsabilidad patrimonial que emerge como objetiva, comienza a tornarse subjetiva, debido a que el elemento culpa derivado del Código Civil se funda esencialmente, como el soporte de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano³⁸. Así mismo, en mención de otro de los aportes significativos de la Corte Suprema de Justicia, es de anotar que como ampliación de la culpa, se suma la viabilidad de imputar responsabilidad patrimonial al Estado, bajo una culpa presunta descrita en el Artículo 2356 del Estatuto Civil³⁹; presente en las actividades riesgosas desplegadas por el mismo, donde la carga de la prueba correspondía al agente negligente y su exoneración dependía de la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito o la intervención de un elemento extraño en el curso causal.

Ya respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado, declarada por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previamente a la Constitución de 1991, es preciso indicar, que su jurisprudencia en la materia, evidenció dos etapas separadas por el Decreto Ley 528 de 1964; gracias al cual, pasó tal corporación de tener una competencia residual a obtener la facultad general y exclusiva para pronunciarse sobre la institución.

responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en épocas de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público, reconocido universalmente, y los artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable"... Además, la Corte estableció un fundamento según el cual: "si en toda entidad jurídica privada o pública, hay agentes representativos y depositarios de la voluntad de la persona moral, la culpa que se les atribuye por la comisión de un daño, repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan".

³⁸ El elemento culpa en el actuar estatal, no era cualificado; y su presencia generaba indemnización frente a un perjuicio, con independencia del servicio público del que deviniera el daño. En la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia, de 18 de noviembre de 1941. Magistrado Ponente: José Miguel Arango, se declara responsable patrimonialmente al Estado por la inundación de un inmueble comercial al ser abierto imprudentemente un hidrante. Sentencia citada por HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *Op.cit.* Pág 739.

³⁹ Art. 2356 del C.C: "Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esa reparación: 1) el que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2) el que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3) el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino". Este Artículo plantea la teoría del riesgo, que de manera tímida y poco recurrente fue implementada por la Corte Suprema de Justicia, junto con la teoría de la falla del servicio, fundada en el Artículo 16 de la C.N de 1886 y la teoría del daño especial, como los primeros cimientos para la imputación de una responsabilidad sin culpa. Todas estas teorías, tuvieron un real auge en la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, más aún cuando tal entidad obtuvo la competencia general para pronunciarse sobre la responsabilidad estatal en el año de 1964.

Así expuesto, con anterioridad al año de 1964, el Consejo de Estado dentro de su competencia residual⁴⁰, adoptó en sus primeros fallos, como fundamento de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, al igual que lo había hecho en su momento la Corte Suprema, una remisión directa a la Ley, que de manera expresa debía consagrar el deber resarcitorio a cargo del Estado, a fin de reconocer una indemnización⁴¹. No obstante, cuando la normatividad civil pasó a instituirse en el cimiento de imputación de la responsabilidad estatal por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, se apartó y rechazó tal doctrina.

La entidad de manera acertada, señaló que la responsabilidad patrimonial del Estado, debía percibirse a la luz de los principios y doctrina del derecho administrativo; más no del derecho civil, pues uno y otro persiguen fines diversos y buscan la regulación de situaciones en donde intervienen diferentes sujetos; de ahí, que no haya sido admisible por el Consejo de Estado la posibilidad de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado, con base en principios generales del derecho privado.

En este orden de ideas, y en busca de una estructura jurídica autónoma por la cual imputar responsabilidad patrimonial estatal, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encuentra en el Código Administrativo de la época y en la Constitución de 1886, aunque no de manera expresa como ocurre en la actualidad con el Artículo 90 de la Carta Política de 1991, el soporte público de dicha responsabilidad, la estructura del control a la administración pública del Estado⁴². Concretamente el Artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886⁴³, se consolidó en el

⁴⁰ Desde el siglo XIX hasta 1964, la competencia entre las dos corporaciones fue repartida, la Corte Suprema tenía la competencia general y al Consejo de Estado sólo le correspondía lo atinente al estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de las expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas y por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente.

⁴¹ En las materias referentes a trabajos públicos y expropiaciones, en las que gozaba el Consejo de Estado de competencia, para pronunciarse sobre la existencia o no de responsabilidad estatal, tal entidad se apoyaba en leyes como la 167 y Ley 38 de 1918, para la construcción jurisprudencial de la responsabilidad objetiva.

⁴² Artículos 2º, 16 y 30 de la Constitución Nacional de 1886, que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título. Además los artículos 31, 32 y 33 *ibidem*, eran manifestación concreta del deber reparador del Estado, en cuanto a expropiaciones en orden del interés público se trataba.

⁴³ Artículo 16 C.N de 1886: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

fundamento normativo de la responsabilidad extra-contractual del Estado colombiano; comienza a forjarse entonces, una identidad propia del derecho público.

Ahora, la aplicación del Artículo 16 de ley fundamental, que ya venía siendo objeto de implementación por la entidad, alcanza un alto protagonismo a partir de la reforma legislativa del año de 1964; por la cual, adquiere el Consejo de Estado, como juez propio de la administración, la competencia general y exclusiva, para conocer de los conflictos por perjuicios que surjan entre los particulares y la administración, materia que hasta la fecha, había sido objeto de conocimiento general por la jurisdicción civil ordinaria. El Artículo 16 en mención, fue la base, para que con prescindencia del elemento culpa derivado del derecho privado, la jurisdicción contencioso administrativa, comenzara a aplicar de manera recurrente diversas doctrinas jurídicas, tales como la falla del servicio, la falla del servicio presunta, la teoría del daño especial o ruptura de principio de igualdad ante las cargas públicas y la teoría del riesgo; evidenciándose entonces un gran progreso en la jurisprudencia nacional respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La teoría de la falla del servicio, jugó y sigue jugando en la actualidad, un papel relevante en la justificación y delimitación de la responsabilidad estatal; al respecto, en Sentencia del Consejo de Estado de 28 de abril de 1967, Magistrado Ponente: Carlos Portocarreño Mutis, a través de la cual se condenó por falla del servicio al Estado, debido a los perjuicios ocasionados a un ciudadano por el ejército al disolver una manifestación, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, dispuso lo siguiente:

“Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el Artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos. Ahora bien, si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.

*Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio (...)*⁴⁴”

Empero el éxito de la falla del servicio, como fundamento de imputación⁴⁵, existían muchos casos que por falta de prueba exacta de dicha falla, los ciudadanos quedaban a la deriva sin derecho a indemnización alguna; por tal razón, y con el fin no sólo de mejorar la obtención de la prueba, sino también de proveer justicia a los ciudadanos perjudicados con ciertas actividades estatales, es que se buscó la ampliación de la noción de falla del servicio y se consolidó en el Consejo de Estado, la teoría de la falla presunta del servicio⁴⁶, en los casos particulares de la actividad operativa de la policía, ejemplo de ello, eran los perjuicios que se ocasionaban con armas de dotación oficial; en tales eventos, el Estado sólo podía desvirtuar la falla del servicio demostrando la ausencia de la misma.

Fuera de estas dos teorías, el Consejo de Estado, comienza a desarrollar un régimen de responsabilidad sin falta o sin falla del servicio, cuyo fundamento era el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas; se trataba de una responsabilidad objetiva por presunción de responsabilidad. Dentro de este régimen, se desarrollaron la teoría del riesgo excepcional y la teoría del daño especial; cuya aplicación era restringida en las providencias emitidas por el Consejo de Estado. La doctrina del riesgo excepcional, era aplicada cuando el Estado, en desarrollo de un servicio público, utilizaba medios, como los cables eléctricos, que exponían a los ciudadanos o a sus bienes a un riesgo de naturaleza excepcional, que normalmente no debían soportar como contrapartida de las ventajas que obtenían de la prestación del servicio público y la teoría del daño especial por su parte, era objeto de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, cuando éste aún actuando legalmente en pro del orden público, generaba

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, 28 de abril de 1967, ponente: Carlos Portocarreño Mutis, A.C.E., TLXXII, Nos. 413-414, p. 257. Sentencia citada por HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *Op. cit.* Pág 748.

⁴⁵ La jurisdicción administrativa determinó en sus providencias, en donde tomó como fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial estatal, a la teoría de la falla del servicio, que es la administración quien tiene la obligación de responder por las fallas que se le imputan a sus agentes en el ejercicio cotidiano de la actividad pública. De igual forma señala, que en el evento de que se demande al Estado por una falla en el servicio, el reconocimiento de una indemnización dependerá de: 1) La existencia de una falla en el servicio, 2) Evidencia de un perjuicio sufrido por la víctima del daño y 3) Una adecuada relación de causalidad entre el daño y la falla de la administración.

⁴⁶ Tratándose de la falla presunta del servicio, el ciudadano perjudicado sólo debía probar que ha sufrido un daño objeto de indemnización y la existencia de un nexo causal con el hecho causante del perjuicio.

con su actuar un detrimento económico a ciertos ciudadanos⁴⁷; esta teoría pretendía del Estado, una indemnización a las víctimas de una daño por razones de equidad.

Del análisis efectuado en la historia jurídico colombiana, puede colegirse que en nuestro país el trabajo jurisprudencial, en materia de responsabilidad estatal, ha estado guiado de antaño, al reconocimiento de un deber resarcitorio a cargo del Estado por el actuar administrativo, sin que se encuentre tal como lo aduce el profesor Henao López, un antecedente jurisprudencial expreso en materia de error judicial⁴⁸ o de responsabilidad del Estado-Legislator; lo que no obsta para que la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, hayan podido encontrar en el texto constitucional de 1886, básicamente en sus Artículos 2, 16 y 30, que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, el fundamento normativo para de igual forma, endilgar responsabilidad al Estado por el actuar judicial y por los hechos de las leyes respectivamente.

Por último, cabe apuntar, que la evolución jurisprudencial emprendida por el Consejo de Estado, que permitió que la aplicación del derecho público en materia de responsabilidad administrativa fuese una realidad, dejó el camino allanado para que el Artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, consagrara una cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones y omisiones de las autoridades públicas, abarcando entonces no solo el deber indemnizatorio que cabe al mismo, en razón del actuar administrativo, sino también por el actuar

⁴⁷ Ejemplo de la aplicación de la teoría del daño especial, fue la sentencia proferida por el Consejo de Estado, sección tercera, 17 de julio de 1987, Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, citada por HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *Op. cit.* Pág 758. En dicha sentencia, se declaró el deber indemnizatorio a cargo del Estado y a favor del propietario de un vehículo que fue requerido por el ejército para perseguir una columna guerrillera y que fue dinamitado al pasar por un puente.

⁴⁸Al respecto, La Corporación Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo, en su concepto: DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, de 13 de junio de 2005, dispuso: “En relación con el error judicial cabe señalar que en una primera etapa la jurisprudencia se negó a admitir la responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en el principio de la cosa juzgada y por considerar que este era un riesgo a cargo de todos”. Ahora, si bien no se conoce un antecedente jurisprudencial expreso al respecto, es de anotar, que antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, el Artículo 16 de la C.N. de 1886 y la ley 16 de 1972, por la cual se introdujo al derecho nacional el “pacto de San José de Costa Rica” que en su artículo 10 prevé: “toda persona tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial”, eran fundamentos legales que permitían deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial.

judicial y por el hecho de las leyes; siendo la responsabilidad del Estado-Legislator, el fin último del presente trabajo.

5.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR BAJO LA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1991

Del estudio perpetrado a la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, desde los albores del siglo XIX hasta la llegada del constituyente de 1991, resulta palmario que dicho fenómeno, devenía o bien encontró su mayor soporte, en la función social a cargo del Estado, plasmada en la Ley fundamental de 1886, en su artículo 16⁴⁹. Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se produce una elocuente evolución frente a la responsabilidad patrimonial que le cabe al Estado; puesto que no sólo se amplía y se acentúa el ámbito social de éste, al proclamar el artículo 1o de la Carta Política que, Colombia se encuentra erigida como un Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁰, sino que conjuntamente, el constituyente de 1991 introduce al ordenamiento jurídico colombiano, el fundamento constitucional que de manera expresa contempla la obligación reparatoria estatal, en los siguientes términos: Artículo 90 Constitución Nacional *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas(...).”* Así, lo preceptuado en la actual Carta Política, ratifica la importancia de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano y de su sometimiento al derecho público.

Justamente, con la entrada en vigencia de la Carta Constitucional de 1991, se consolida la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, por los actos de la administración y por el actuar judicial, que ya encontraba bajo el imperio de la Constitución de 1886, fundamentos

⁴⁹ Artículo 16 C.N. de 1886: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

⁵⁰ Este modelo estatal, que es Estado de Derecho, agrega al mismo el carácter de social, cuya pretensión es el alcance de una igualdad material, que garantice el principio de la dignidad humana (fin último del ordenamiento jurídico). El Estado Social, introduce una nueva interpretación respecto de la aplicación del derecho; pues le otorga al juez constitucional la tarea de fallar conforme a principios y valores consagrados en la Carta Constitucional, en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

normativos⁵¹; mientras que la responsabilidad del Estado-legislador se legitima indudablemente; puesto que por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano, una norma y con rango constitucional, consagraba de manera clara y concreta, el deber reparatorio a cargo del Estado por el hecho de las leyes.

Así expuesto, la doctrina bajo la cual se profesaba en otro tiempo, la soberanía y supremacía del legislador⁵², pierde su peso y en su lugar, se da paso al poder vinculante supremo de la Constitución⁵³, que se instituye en adelante, en el mecanismo esencial de control de la actividad legislativa. La soberanía cambia de propietario y tal como lo preceptúa el Artículo 3 de la Constitución, pasa a residir de manera exclusiva en el pueblo, del cual emana el poder público.

La justicia material, objeto de búsqueda de un Estado Social de Derecho, implica indubitablemente, una preponderancia de la Constitución; y por ende, de los derechos fundamentales, de los principios y valores superiores que en ella reposan⁵⁴; de ahí, que el ejercicio de la actividad pública en Colombia y entre ella la función que corresponde al legislativo,

⁵¹ En el artículo 90 de la Constitución Nacional, quedó definida la responsabilidad estatal, por las acciones u omisiones de las autoridades judiciales, pero con la expedición de Ley 270 de 1996, LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, (que recoge lo establecido en el artículo 40 del C.P.C), es que el legislador entra a regular ampliamente la materia, estableciendo tres supuestos, a saber: el error jurisdiccional (art. 67), el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) y la privación injusta de la libertad (art. 68). En sentencia C-100/01, se expresa la Corte sobre la responsabilidad de los empleados judiciales, al pronunciarse sobre la demanda de inexequibilidad parcial del artículo 2 de Código de Procedimiento Civil, que trata de la iniciación e impulso de los procesos. En el mismo sentido la sentencia del 10 de mayo de 2001, se pronuncia al respecto el Consejo de Estado, Exp. 12719.

⁵²Recuérdese que en la Europa contemporánea, de donde toma sus cimientos el derecho colombiano, en Estados como el de Francia, eran típicas las palabras que alardeaban la supremacía del legislador, ejemplo de ello son las expresiones de LAFERRIÈRE, quien dijo: "(...) La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que puedan reclamar de ellas ninguna compensación (...)"

⁵³Artículo 4 C.N. : "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entra la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

⁵⁴En sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Baron, la Corte establece que los principios constitucionales consagran prescripciones jurídicas de aplicación inmediata tanto por el juez como por el legislador. Los principios constitucionales dan cuenta de la organización del Estado, de su naturaleza jurídica y de las relaciones entre gobernante y gobernados. Un principio constitucional da a conocer normas jurídicas en el presente; de tal forma, que no pueden ser desconocidos en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. En lo que respecta a los derechos fundamentales, los cuales deben reunir ciertos requisitos a saber: conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial, la Corte señala en la misma sentencia, que éstos son pilar del Estado Social de Derecho; pues el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos, de ahí, la existencia de la acción de tutela como instrumento de protección de dichos derechos frente al actuar de las autoridades públicas. Se tiene entonces que los valores, principios y derechos fundamentales son pilares del modelo estatal adoptado por Colombia; que se constituyen en normas de aplicación inmediata por el legislador; órgano éste que en su actuar debe garantizar la eficacia de los mismos.

se encuentre sometida a lo establecido en la ley fundamental, a fin de salvaguardar los derechos y libertades individuales, cuyo respeto son base de la dignidad humana, fin último del ordenamiento jurídico⁵⁵.

Una vez claro, que la responsabilidad patrimonial por el acto u omisión del legislativo, encuentra su fundamento en la fuerza normativa vinculante de la Constitución, es preciso preguntarse por la naturaleza jurídica que bajo la Ley fundamental de 1991, ostenta dicha responsabilidad; y para tal efecto, hacemos nuevamente remisión al texto de su Artículo 90, que preceptúa: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas(...)*” (subrayas fuera de texto).

De la lectura al precitado mandato constitucional, se observa la introducción al derecho colombiano, por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, de la noción “**daño antijurídico**”, como cimiento sobre el cual reposaría la responsabilidad patrimonial del Estado; cuya definición encuentra su génesis en la doctrina y jurisprudencia española, que han establecido que tal concepto hace alusión a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación de soportar o que equivale aquel que se produce cuando el sujeto que lo padece no tenía por que soportarlo. Se desplaza la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo⁵⁶. Así las cosas, en un comienzo, el término daño antijurídico fue considerado de tinte objetivo, puesto que no supone el estudio de elementos subjetivos, como la culpa o el dolo, para imputar responsabilidad pecuniaria al Estado, sólo se requiere constatar si el patrimonio lesionado tenía o no el deber jurídico de soportar el daño.

⁵⁵ El artículo 114 de la C.N, señala las funciones que corresponden al congreso de la República; tales como la de reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. Dichas funciones deben ejercerse con atención a los principios y valores de rango Constitucional y deben estar guiadas a la consecución de los fines estatales, establecidos en el artículo 2 ibidem.

⁵⁶ Sobre el daño antijurídico se pronunció extensamente la Corte Constitucional en sentencial C-333 de 1996, en demanda del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, que preceptúa: “*Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas*”. La Corte limitó el daño antijurídico en los siguientes términos: “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración (...).”

En este orden de ideas, bien se colegía que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1.991, precedida por la modificación de la indemnización por reparación directa por medio del artículo 16 del decreto 2304 de 1989⁵⁷ y la posterior emisión de normas como el artículo 31 de la Ley 446 de 1998⁵⁸ y el artículo 65 de la Ley 270 de 1996⁵⁹, se dio tránsito a la consolidación en el seno del Consejo de Estado, de una conciencia jurídica, consistente en la aplicación de una teoría de reparación de daños cometidos por los agentes del Estado, sin mediación de una falla en el servicio (elemento subjetivo de la responsabilidad)⁶⁰. Se consideraba entonces, que la responsabilidad patrimonial del Estado, era una responsabilidad de naturaleza objetiva, por cuanto había desaparecido la necesidad de demostrar la existencia de una falla en el servicio; lo cual resultaba obvio, bajo el entendido de que el constituyente había eludido expresamente, el requisito de una conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal para predicar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, es preciso denotar, que la conclusión anterior podría concebirse como no muy acertada, la concepción jurisprudencial ha evolucionado y lo cierto, es que si bien se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la noción de daño antijurídico, no pretendió el constituyente inaplicar con ello, la teoría de la falla en el servicio, basada en elementos subjetivos. Si se efectúa una lectura más detenida del Artículo 90 de la Constitución Política, se obtiene, que el

⁵⁷Decreto 2304 de 1989 Artículo 16: "La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos".

⁵⁸Ley 446 de 1998 Artículo 31. Acción de reparación directa. "La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública."

⁵⁹Ley 270 de 1996 Artículo 65 "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad".

⁶⁰ Esta conciencia jurídica, admite que sea factible endilgar responsabilidad patrimonial al Estado, en actividades que históricamente habían sido exaltadas por ser una expresión viva de la soberanía y que por lo tanto se consideraban irresponsables, es el caso de la actividad legislativa o de la justicia.

daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, como también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva⁶¹.

Así, el diseño real del Artículo 90 de la Carta Política que nos rige, al introducir el concepto de daño antijurídico, fue el de extender el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano; de tal forma, que bajo la Ley fundamental de 1991, es posible que el juez administrativo atribuya tal responsabilidad, con base tanto en criterios subjetivos, base de la teoría de la falla en el servicio, como en criterios objetivos, en donde se encuentran teorías como la del daño especial y el riesgo excepcional, teorías todas estas, que serán objeto de estudio más adelante en este capítulo.

De este modo, para el Consejo de Estado y la jurisprudencia mayoritaria actual, el artículo 90 de la Constitución Nacional concibe además de un régimen objetivo de responsabilidad pecuniaria, todos los regímenes de responsabilidad patrimonial elaborados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución⁶²; de forma que el artículo 90 en mención, introdujo un nuevo elemento de antijuridicidad en el análisis de la responsabilidad de Estado⁶³

Es claro entonces, que la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas es de naturaleza mixta.

Ya por último en este acápite, queremos resaltar que al tenor del Artículo 90 de la Ley fundamental, no basta con la existencia de un daño antijurídico para que se configure una responsabilidad pecuniaria a cargo del Estado, es indispensable además, que dicho daño sea

⁶¹ Corte Constitucional Sentencia C-038 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; por la cual se decide sobre la constitucionalidad de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

⁶²HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *Op.cit.* Pág. 801: “El daño antijurídico supone la existencia de todos los regímenes de responsabilidad que han sido decantados históricamente. Es decir, tanto existe daño antijurídico por falla del servicio como por daño especial, riego, enriquecimiento sin causa, etc. El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad en tanto que las especies serían su fundamento inmediato. El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva”.

⁶³MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Fundamento Constitucional y Legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos – históricos y legislación vigente. Revista Opinión Jurídica. Editorial Universidad de Medellín. Volumen 4. Número 7. Medellín, Colombia. 2005.

imputable al mismo, es decir, debe existir un título jurídico válido que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, en el evento que nos ocupa, al poder legislativo.

Al respecto, siendo el daño antijurídico y la imputación los dos elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha preceptuado en sus providencias, que a fin de asignar al Estado la obligación de reparar un daño, es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

Nótese entonces, que la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador bajo la Carta Constitucional de 1991 resulta visible, de ahí que se haga necesario dentro de este análisis, acudir al ordenamiento jurídico nacional y buscar los fundamentos normativos de éste tipo de responsabilidad.

5.3.1 NORMATIVIDAD QUE CONSAGRA LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA.

Para construir una satisfactoria teoría de la responsabilidad patrimonial por los actos del legislador, es menester acudir al ordenamiento jurídico, con el objeto de encontrar los fundamentos normativos que permiten deducir la posibilidad según la cual, el Estado pueda responder pecuniariamente por el hecho de las leyes, cuando con ellas se cause un perjuicio a un particular o a un grupo de ellos. Se hace necesario, entonces, acudir a la Constitución, que como bien se adujo en este capítulo es el fundamento de la responsabilidad patrimonial estatal; y además de ella, otras normas de menor jerarquía, que son respaldo y desarrollo de la Ley Fundamental, para encontrar así las bases normativas del tema objeto de este estudio. A continuación entonces, se presenta una relación de las normas que se consideran más relevantes, para fundamentar una teoría de la responsabilidad patrimonial por el hecho de las leyes, sin afirmar de ninguna manera que son las únicas.

5.3.1.1 NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL

Es la Constitución de 1991, la que sin lugar a dudas ha dejado abierta la posibilidad de conceptualizar una teoría de responsabilidad patrimonial del Estrado-legislador, a través de la consagración expresa de principios, valores, derechos fundamentales y fines. A continuación se procede a señalar las normas de interés para la ejecución de este trabajo, analizando en primera instancia las normas de la parte axiológica y principialística para en un segundo término analizar la parte orgánica.

5.3.1.1.1 PARTE AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

5.3.1.1.1.1 PREÁMBULO

Del preámbulo de nuestra actual Carta Política⁶⁴, se desprende una serie de principios y valores rectores del Estado, fruto de la manifestación de voluntad del constituyente primario. Éste constituye fundamento de la responsabilidad del Estado para los tres órganos del poder público cuando estatuye: *“(...) asegurar a sus integrantes, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantiza un orden político, económico y social justo”*

A partir de lo prescrito por el preámbulo puede afirmarse que son las autoridades públicas las llamadas a la defensa y salvaguarda de la Constitución Política, como es de conocimiento, dentro de dichas autoridades se encuentra el legislador y constituye una de sus principales funciones y responsabilidades, legislar de tal forma que esos principios y valores logren ser ciertos y efectivos, luego el incumplimiento de esa obligación puede generar perjuicios que lo hacen responsable, de ahí que esta norma consagre de manera tácita la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes.

⁶⁴ Tras la sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992 cuyo magistrado ponente fue Gregorio Hernández Galindo, se le otorgó carácter normativo y eficacia jurídica al preámbulo de la Constitución y en consecuencia debe tratarse como norma del orden constitucional.

5.3.1.1.1.2 ARTÍCULO 1

Señala el artículo 1o de la Carta Política: *“Colombia es un Estado Social de Derecho (...)”* Resulta claro que esta norma nos ubica dentro de un modelo de organización política, que surgió tras la revolución Francesa, que se caracteriza por la implementación del principio de legalidad de la administración, la responsabilidad del Estado y la separación de poderes, para evitar el abuso y centralización del poder, es así como el poder se haya sometido al derecho y se plantea entonces una limitación jurídica de su actividad.

En efecto, el ejercicio de la actividad pública en Colombia se somete a lo que establezca la ley al respecto, con el objeto de salvaguardar los derechos y libertades individuales consagrados por el ordenamiento jurídico.

5.3.1.1.1.3 ARTÍCULO 2 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 13

En el artículo segundo se hace alusión a los fines esenciales del Estado Social de Derecho y es la norma mediante la cual se delega a las autoridades públicas la forma de velar por la protección y cumplimiento de dichos fines, en esa medida cuando el Estado, a través de la autoridad competente, adscrita a una de las ramas del poder público, incumpla con la consecución de ellos deberá responder por los daños que genere tal violación. Este artículo se asimila al artículo 16 de la Constitución de 1886.

Los fines esenciales del Estado no deben convertirse en simple retórica, los órganos estatales tienen el deber de crear los mecanismos que permitan el cumplimiento efectivo de los mismos, por su parte el legislador debe implantar leyes que permitan el adecuado cumplimiento de dichos fines, si esas normas que se emitan contarían el interés general, favorecen los intereses de determinados grupos en detrimento de otros o simplemente excluyan sin razones justas para ello a algunos particulares, generan perjuicios que deben ser resarcidos por el Estado. En este mismo sentido es posible imputar responsabilidad al Estado cuando las normas emitidas por el órgano legislativo generen injusticia o desigualdad social.

5.3.1.1.1.4 ARTÍCULO 3

Señala este artículo que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. Así las cosas, si el pueblo es soberano y de él emana el poder público, es ilógico pensar entonces, en la irresponsabilidad por parte de ellos, en tanto se evidenciaría una flagrante violación a un principio de rango Constitucional dado que el pueblo se vería sometido al poder incontrolable, que no encuentra fundamento en la Carta Política.

5.3.1.1.1.5 ARTÍCULO 4

Conforme este precepto debe entenderse que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Este precepto constituye el fundamento para sostener una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de la leyes, en tanto el legislador no es soberano y para actuar debe atender lo preceptuado por la Norma Fundamental, éste debe ajustarse en el desempeño de sus funciones, en sus actuaciones, a la Constitución Política en su forma como en su contenido, de lo contrario deberá responder patrimonialmente por sus actuaciones.

5.3.1.1.1.6 ARTÍCULO 5

Preceptúa el artículo 5 de la Carta Política *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)”* Es claro que el papel de legislador en este cometido es muy importante, dado que mediante la emisión de leyes es posible hacer efectivo los derechos individuales.

Este artículo implica que es posible resarcir el daño que pueda sufrir un sujeto titular de derechos, cuando dicho daño es imputable al Estado, dado que no es una obligación de los ciudadanos soportar cargas negativas.

5.3.1.1.1.7 ARTÍCULO 6 EN CONCORDANCIA CON LOS ARTICULOS 121, 123, 124 y 133

Señala el citado artículo “*Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. (Subrayas fuera de texto) Resulta evidente que a partir de este artículo es posible predicar la posibilidad de una responsabilidad por los actos del legislador, en tanto el artículo 123 indica expresamente que la corporación legislativa ostenta la calidad de servidor público.

En efecto el desempeño de la función estatal se materializa por medio de los servidores públicos, por lo que su obligación principal se constituye en efectivizar los fines y objetivos propuestos por el Estado mediante la puesta en funcionamiento de diferentes mecanismos, tal y como lo estatuye el artículo 133 al señalar que “*los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común (...)*”

En el mismo sentido señala el artículo 121 que “*ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que atribuye la Constitución y la ley*” de manera que si se causare un perjuicio con ocasión de la infracción a esta norma será posible atribuir una responsabilidad del Estado que resultaría clara y evidente, con tales fines señala el artículo 124 que “*la ley determinara la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva*”.

5.3.1.1.2 PARTE ORGÁNICA

5.3.1.1.2.1 ARTÍCULO 90

Señala este artículo *“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”* Nótese que este es el mandato constitucional expreso que abre la puerta a la teoría de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, de manera expresa y concreta; mientras que, la parte axiológica de la Carta Política plasma un régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto debe señalarse que no sólo es posible imputar responsabilidad a la administración pública y a la justicia, también al legislador dado que éste es también una autoridad pública de la cual puede predicarse responsabilidad cuando incumple con su cometido principal de hacer efectivo el cumplimiento de los fines del Estado.

5.3.1.1.2.2 ARTÍCULO 113 EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 114

En este artículo se hace alusión a la división del poder, en tres ramas a saber: Ejecutiva, Judicial y Legislativa, esta última constituida por el Congreso de la Republica que en cumplimiento de los principios de armonía y colaboración pretenden la efectividad de los fines y objetivos del Estado.

Por su parte el artículo 114 señala las funciones que corresponden al congreso de la república tales como la de reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. Dichas funciones deben ejercerse con atención a las reglas de ponderación de principios y valores de rango Constitucional.

Es menester aclarar en este punto que las normas aquí relacionadas no son las únicas que se refieren al tema, existe un gran número de artículos a lo largo de nuestra Carta Política que complementan y nutren la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin embargo los preceptos aquí señalados se constituyen en los más importantes fundamentos normativos.

5.3.1.1.2.3 ARTÍCULO 228

Este artículo señala: *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”*. Este precepto permite deducir, efectuando una interpretación, que el Estado puede resultar responsable patrimonialmente por incumplimiento en el desarrollo de la función pública.

5.3.1.2 OTRAS NORMAS

Existen normas de menor jerarquía respecto de las de carácter constitucional, pero que sin duda aportan igualmente una invaluable ayuda en la construcción de una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador y que son un respaldo, un desarrollo de los mandatos constitucionales al respecto; pues recuérdese que es en la Ley Fundamental, donde encuentra sus cimientos la obligación reparadora a cargo del Estado. A continuación se mencionan las que han sido consideradas como las más importantes.

5.3.1.2.1 DECRETO 2304 DE 1989 ARTICULO 16

“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”.

5.3.1.2.2 LEY 446 DE 1998 ARTICULO 31

“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o

permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública."

Esta norma en conjunto con la anterior presentan una posibilidad para que los ciudadanos en forma particular accedan a la justicia con el fin de obtener una indemnización del Estado, una vez prueben la responsabilidad del mismo, a través de la llamada acción de reparación directa.

Es así como puede observarse la existencia de un amplio contenido normativo que responsabiliza patrimonialmente al Estado por el incumplimiento de sus fines y objetivos, a través de todas las ramas del poder, lo que evidencia la necesidad de un desarrollo jurídico más detallado en tal sentido y una evolución jurisprudencial sin temores a enfrentar el tema.

5.3.2 CRITERIOS UTILIZADOS PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD AL ESTADO COLOMBIANO

Jurisprudencialmente se han consagrado tres regímenes de responsabilidad estatal en Colombia, basados tanto en criterios objetivos como subjetivos, pues tal responsabilidad ostenta en nuestro ordenamiento jurídico una naturaleza mixta. En este orden de ideas tenemos:

5.3.2.1 RÉGIMEN SUBJETIVO

5.3.2.1.1 LA FALLA EN EL SERVICIO

Es un criterio utilizado por el Consejo de Estado en sus fallos desde 1939, para imputar responsabilidad patrimonial al Estado; constituyéndose entonces en una de las fuentes mas

sólidas e importantes, para tal fin, es decir, de las obligaciones por responsabilidad extracontractual del Estado.

La falla o falta del servicio se produce por una irregularidad en la prestación del servicio, esto es, cuando el Estado omite deliberadamente realizar su función o la realiza de manera defectuosa o tardía. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor, entendiendo por tal, la parte demandante, presentar la prueba de su ocurrencia, la falta de esa prueba condena al fracaso las pretensiones que la requieran. Además es de señalar, que la administración demandada se exonera de toda responsabilidad y por tanto de la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con la falla en el servicio, mediante la prueba de caso fortuito, fuerza mayor y de la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

La teoría de la falla del servicio, hace alusión a una responsabilidad directa, consistente en la producción de un daño, como consecuencia del actuar negligente de un agente público, quien no ha prestado el servicio público, debiendo de hacerlo o lo prestó de manera defectuosa o tardía. Para poder condenar responsable al Estado por fallas en el servicio, sin consideración a un autor individualizado, era menester demostrar el cumplimiento de los siguientes requisitos, conforme se señala en la sentencia de 15 de junio de 1972 del Consejo de Estado: La existencia del hecho o falla del servicio, daño o perjuicio sufrido por el actor y finalmente una relación de causalidad entre el primero y el segundo, esto es, que el perjuicio sea una consecuencia cierta o inevitable del hecho perjudicial atribuible a la administración.

Falla en el servicio, es en conclusión la violación a las obligaciones a cargo del Estado y se constituye en el criterio que por excelencia ha sido utilizado por la jurisprudencia para imputar responsabilidad patrimonial al mismo.

5.3.2.2 RÉGIMEN OBJETIVO

Éste es un régimen de responsabilidad sin falta o sin falla del servicio, cuyo fundamento es el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas; se trata de una responsabilidad objetiva por presunción de responsabilidad, generada en el actuar lícito de la administración. Dentro de este régimen, se desarrollaron la teoría del daño especial y del riesgo excepcional.

5.3.2.2.1 EL DAÑO ESPECIAL

La teoría del daño especial, es objeto de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, cuando éste aún actuando legalmente en pro del orden público, genera con su actuar un detrimento económico a ciertos ciudadanos; esta teoría pretende del Estado, una indemnización a las víctimas de una daño por razones de equidad.

En el sentido expuesto, esta teoría surge cuando se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es en la inequidad en la que se incurre cuando algunos ciudadanos deben soportar mayores cargas que otros en forma injusta o desigual. En este orden de ideas, el daño causado resulta anormal y especial de tal manera que se configura la antijuridicidad que exige la Carta Política para resarcir patrimonialmente el daño ocasionado.

Un daño especial sería aquel, al que se encuentran sometidos los ciudadanos, cuando el Estado en un actuar lícito combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo. Ejemplo: en un atentado terrorista dirigido a socavar las instituciones estatales, terminan lesionados ciertos particulares.

La jurisprudencia ha señalado como presupuestos de este criterio los que se transcriben a continuación:

1. Que se desarrolle una actividad legítima de la administración
2. La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona.

3. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas.
4. El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recaer solo sobre alguno o algunos de los administrados.
5. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado
6. El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de la administración

La principal función del legislador es la de crear normas que nos procuren igualdad de derechos a los ciudadanos, sin significar con ello que a todos se les deba conceder los mismos privilegios, conforme a criterios de razonabilidad es posible efectuar diferencias. Así cuando se rompa el equilibrio, y se evidencie una desigualdad, aún cuando el Estado lo haga de forma legítima, dado que se está obrando en el ejercicio de sus funciones, bajo el principio de legalidad, si se ocasiona un daño, éste debe repararse, se hace evidente la necesidad de reestablecer la igualdad en tanto se ha generado un daño que puede ser calificado de anormal y excepcional llevando a un particular o a un grupo de ellos a soportar una carga que jurídicamente no tiene el deber de soportar, en otras palabras genera una desigualdad.

Este criterio ha sido el criterio utilizado por el Consejo de Estado para endilgar responsabilidad al Estado por el hecho de las leyes como lo confirman los fallos del 25 de agosto de 1998 cuyo magistrado ponente fue el Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros con radicado IJ-001 y el de septiembre de 1998 cuyo magistrado ponente fue el Doctor Daniel Suárez con radicado IJ-002.

5.3.2.2.2 RIESGO EXCEPCIONAL

Este criterio surge como resultado de las exigencias de equidad y solidaridad de la vida en comunidad, en efecto, desde el siglo XIX el jurista francés LEÓN DUGUIT asoció la teoría del riesgo dentro del estudio de la Responsabilidad, a la moral solidarista.

El riesgo excepcional se constituye en otro criterio objetivo de responsabilidad del Estado. Según lo ha sostenido el Consejo de Estado en diferentes providencias, bajo esta teoría “(...)el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar “un riesgo de naturaleza Excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio(...)”⁶⁵

Nótese como al igual que el anterior criterio, éste surge del quebrantamiento del equilibrio de las cargas públicas, pero se diferencia en que el desequilibrio no se evalúa respecto a el daño causado, sino en el riesgo al que se expone a los administrados a partir de una actitud de la administración, de manera tal que el daño se constituye en la concreción de la actividad peligrosa en la que incurre el Estado en el desarrollo de sus funciones.

Así, como unos particulares no deben recibir mayores gravámenes que otros, se puede concluir que la persona que resulte afectada porque el riesgo llega a realizarse y por tanto se ocasiona un daño sin culpa de la víctima, tendría derecho a solicitar una indemnización por la responsabilidad que es posible endilgarle al Estado sin importar si hubo o no falla del servicio. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado “Siempre que la actividad generadora del riesgo se cumple en provecho de la comunidad, las cargas que de ellas puedan derivarse no pueden gravar más a unos ciudadanos que a otros. No sería lógico, en efecto, que al tiempo que la administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente un administrado”⁶⁶

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. 20 de febrero de 1989. Expediente 4655. Actor: Alfonso Sierra Velásquez. Citado por YOUNES MORENO, Diego. *Op. cit.* Pág 258

⁶⁶ *Ibidem.* Pág 259

En sentencia de la Sección tercera del Consejo de Estado, cuyo magistrado ponente fue el doctor Daniel Suárez Hernández, se sostuvo lo siguiente: *“según la teoría que se orienta por el riesgo excepcional, la responsabilidad Estatal se genera cuando en desarrollo de obras o prestación de servicio de interés colectivo se acude a sistemas o recursos que crean para sus cuidados o para sus patrimonios, riesgos de contenido extraordinario, que sobrepasan las cargas que cotidiana y ordinariamente les corresponde sobrellevar en compensación por los beneficios y ventajas que tales obras o servicios proyectan sobre la comunidad en general y sobre cada ciudadano en particular. Frente a esa situación debe existir igualdad o equivalencia en las cargas que la actividad generadora del riesgo reporte a los asociados, en forma tal que no queden con mayores gravámenes de riesgo un grupo de los mismos. No habría correspondencia alguna, ni equidad en que frente al lucro que percibe el Estado por la prestación del servicio, simultáneamente se afecte el patrimonio moral y económico de algún administrado en particular”*⁶⁷

Un último comentario respecto a esta noción de daño excepcional, es que fue un criterio utilizado con mayor asiduidad por la jurisprudencia colombiana para imputar responsabilidad al Estado, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, no obstante, es un criterio que puede utilizarse actualmente, en tanto el fin de la jurisprudencia ha sido precisamente el de armonizar los criterios subjetivos utilizados tiempo atrás y el criterio objetivo implementado a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política vigente.

5.3.3 EVENTOS EN LOS CUALES EL ESTADO PUEDE RESULTAR RESPONSABLE PATRIMONIALMENTE POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR

Tras la evolución sobre la responsabilidad patrimonial de Estado-legislador, la doctrina conjuntamente con la jurisprudencia de manera reciente ha elaborado una relación de los eventos en los cuales el Estado puede resultar patrimonialmente responsable por el hecho de las leyes de manera tal que a continuación se hace una presentación de los mismos.

⁶⁷ *Ibidem.* Pág 259

5.3.3.1 EVENTOS TAXATIVOS

Como su nombre lo indica han sido señalados expresamente por la Constitución, eventos tales como:

1. Cuando la ley crea un monopolio rentístico, se encuentra consagrado en el artículo 336 de la Carta Política
2. Cuando se genera una expropiación que da lugar a la indemnización, consagrada en los artículos 58 y 59 de la Carta Fundamental
3. Cuando se conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos, en el evento de que los favorecidos fueren eximidos de responsabilidad civil, prescrito en el artículo 150 numeral 17 de la Constitución política.
4. Cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta Fundamental

5.3.3.2 EVENTOS DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, como bien se sabe ha jugado un papel fundamental respecto a la creación de una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, hasta el punto de llegar a enumerar algunos eventos específicos en lo que este tipo de responsabilidad se puede configurar, a continuación se enumeran.

1. Cuando un acto legislativo se contradice a sí mismo o a una norma de superior jerarquía, lo que se ha denomina acto legislativo defectuoso.
2. Cuando un acto legislativo crea una ventaja o prerrogativa a favor de algunos particulares y al mismo tiempo una desventaja a otros, de manera tal que se violenta el derecho a la igualdad sin justificación alguna, esto ha sido llamado actos legislativos privilegiados.

3. Cuando se emite una norma y ésta no cumple con el objetivo o propósito en que se fundamentó el legislador para crearla, esto ha sido llamado también acto legislativo defectuoso.
4. Por normas expropiatorias que siendo constitucionales lesionan derechos particulares.
5. Por la ley que posterior a su entrada en vigencia y consecuente producción de efectos jurídicos es declarada inconstitucional.
6. Cuando una determinada ley impide que los particulares que venían desarrollando alguna actividad contractual con el Estado lo sigan haciendo, ello significa que como consecuencia de la entrada en vigencia se rescinda el contrato particular –Estado.
7. Cuando una norma es violatoria de meras expectativas, ello significa, que cuando con una ley posterior se ven quebrantadas las posibilidades que les creó una ley anterior lleguen a consolidarse como derechos adquiridos, es posible endilgar responsabilidad patrimonial al Estado por el hecho de la ley.

5.3.4 ACCIONES CON LAS QUE CUENTAN LOS PARTICULARES PARA LOGRAR EL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS A ELLOS OCASIONADOS CON EL ACTUAR DEL LEGISLADOR

De lo expuesto hasta este punto, no queda duda que el principio de irresponsabilidad del Estado, en nuestro país ha ido entrando en desuso, más aun, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 que consagró de manera expresa la cláusula general de responsabilidad, no obstante, dejando de lado la cuestión sustancial del fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado y en particular por hecho de las leyes, resulta importante señalar cuales son las acciones que pueden resultar procedentes para obtener la indemnización por los perjuicios causados tras el actuar del legislador. A continuación entonces hacemos una relación de las acciones que pueden ser incoadas por los ciudadanos pretendiendo el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la entrada en vigencia de una determinada ley.

5.3.4.1 ACCIONES INDIVIDUALES

5.3.4.1.1 ACCION DE REPARACION DIRECTA

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Decreto-Ley 01 de 1984) ARTÍCULO 86, ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998:

“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.

En concordancia con el Artículo 90 de la Carta Política; a cuyo tenor, consigna el legislativo la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, por los daños antijurídicos que le sean imputables, originados en la acción u omisión de cualquier autoridad pública, término genérico que circunscribe al poder legislativo, podría colegirse de una lectura taxativa al Artículo 86 precitado, la inconstitucionalidad del mismo; debido a que de manera exclusiva pareciera consagrar la acción de reparación directa, como el remedio procesal tratándose de los actos de la administración; impidiendo en tal sentido, la implementación de esta vía procesal, para pretender del juez administrativo, la declaración de un deber resarcitorio a cargo del Estado, cuando los perjuicios económicos tienen origen en el hecho de las leyes.

No obstante, tal como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia C-038/06⁶⁸, el precepto demandado debe leerse no taxativamente, es decir, en sentido restrictivo, sino a la luz de la interpretación amplia que conforme a la Ley fundamental, el Consejo de Estado, máximo órgano de lo contencioso administrativo, le ha otorgado al texto legal a lo largo de sus providencias. Afirma la corporación que las expresiones “hecho” y “omisión” contenidas en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, no se restringen a una autoridad administrativa, pues abarcan a su vez la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones tanto judiciales

⁶⁸ Corte Constitucional Sentencia C-038 de 01 de febrero de 2006. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia por la cual se resuelve demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, declarando la Corte, la exequibilidad del texto legal.

como legislativas; de suerte que sea posible impetrar la acción de reparación directa, como herramienta idónea para perseguir la indemnización de los daños antijurídicos originados en las disposiciones legales⁶⁹.

Así expuesto, la interpretación dada por el Consejo de Estado, permite adaptar el texto legislativo demandado al mandato del artículo 90 constitucional, que cobija los perjuicios económicos imputables a cualquier ente público sin distinción del órgano al cual pertenece; constituyéndose entonces la acción de reparación directa, en mecanismo de protección del patrimonio económico de los ciudadanos frente a las actuaciones u omisiones legislativas.

5.3.4.2 ACCIONES COLECTIVAS

5.3.4.2.1 ACCIONES POPULARES

ARTÍCULO 14 Y 34 DE LA LEY 472 DE 1998, por el cual se desarrolla el inciso primero, del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en relación al ejercicio de las ACCIONES POPULARES, dispone el inciso 1, del precepto constitucional:

"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...)". (Subrayas fuera de texto)

Las acciones populares, son un mecanismo preventivo y restaurador, con el que cuenta una colectividad, para proteger sus derechos e intereses económicos ante la actuación u omisión del

⁶⁹ Las sentencias del 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la sala en plena de lo Contencioso administrativo, sentencias citadas en la sentencia C-038 de 01 de febrero de 2006. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia por la cual se resuelve demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo, son muestra de la reiteración que ha hecho el Consejo de Estado, respecto de que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes del hecho del legislativo es la acción de reparación directa.

órgano legislativo. Al respecto el Artículo 14 de la Ley 472 de 1998 establece: *“la acción popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación y omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o, interés colectivo”*. (Subrayas fuera de texto).

De este modo, y según lo señala el artículo 34 *ibidem*, un grupo de personas, en calidad de demandante, podrá pretender mediante el ejercicio de una acción popular, el resarcimiento de los perjuicios económicos colectivos, ocasionados por el Estado-legislador. En efecto, mediante sentencia, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, podrá condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable.

5.3.4.2.2 ACCION DE GRUPO

ARTÍCULO 3 DE LA LEY 472 DE 1998. Respecto al ejercicio de las **ACCIONES DE GRUPO**; consagradas en el artículo 88 constitucional. Dispone el Artículo 3: *“Las acciones de grupo, son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”*

La acción de grupo, es el mecanismo ordinario por el cual, una colectividad afectada por las actuaciones u omisiones legislativas, no inferior a 20 personas, persigue el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios a ellos ocasionados.

6 CAPÍTULO III: EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DESARROLLADA POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 1991, FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN COLOMBIA

Expuesta la evolución de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, que arroja como resultado con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, la consagración expresa en el ordenamiento jurídico, del fundamento constitucional del deber resarcitorio en cabeza de la Nación, por la acción u omisión de las autoridades públicas⁷⁰, término genérico que abarca al poder legislativo, constituye nuestro norte en el presente capítulo, el desarrollo de una línea jurisprudencial, en materia de responsabilidad pecuniaria estatal por el hecho de las leyes; con el objeto de obtener una sub-regla vigente al respecto; es decir, se pretende mediante el análisis temporal y estructural de diferentes sentencias relacionadas entre sí, proferidas por el Consejo de Estado, máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo y por la Corte Constitucional, identificar la doctrina jurisprudencial adoptada por ambas corporaciones frente al tema objeto de estudio.

Detallado el fin propuesto, resulta imperioso concretar el problema jurídico, base de la línea jurisprudencial que se intenta construir, mediante la estructuración de diversos pronunciamientos judiciales y de su relación con los mandatos constitucionales y legales; en tal sentido se plantea el siguiente:

¿SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL, EN QUE EVENTOS PUEDE RESULTAR PECUNARIAMENTE RESPONSABLE EL ESTADO, POR EL HECHO DEL LEGISLADOR, BAJO LA CARTA POLÍTICA DE 1991?

Antes de efectuar un recorrido analítico por las soluciones jurisprudenciales al problema jurídico delimitado, es preciso aclarar, que si bien en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado,

⁷⁰ Artículo 90 C.P. de 1991: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)".

por los actos de la administración y por el actuar judicial, existe una abundante y amplia jurisprudencia, no se corre con la misma suerte en el tema que nos ocupa; tal es el deber resarcitorio estatal por las acciones u omisiones del legislativo; al respecto, resultan irrisorias las ocasiones en que tanto el máximo Tribunal Contencioso Administrativo como la Corte Constitucional, se han encargado de su estudio, escasas sentencias constituyen el precedente judicial; no obstante, con base en ellas, se expondrán sucintamente las principales y relevantes consideraciones y decisiones que han emitido una y otra entidad judicial en la materia. Esas providencias formarán la línea jurisprudencial con base en la cual, se obtendrá la doctrina o teorías vigentes más o menos definidas, que servirán como regla de conducta a la actividad judicial y demás funcionarios en casos futuros; en los cuales se debata la responsabilidad pecuniaria del Estado-Legislator.

En este orden de ideas y bajo el entendido de que ambas corporaciones, utilizan fundamentos metodológicos disímiles, decidimos abordar separadamente los fallos proferidos por una y otra entidad. En primera instancia, se hará alusión a la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado, para posteriormente entrar a analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

6.1 JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Tal como se señaló en el capítulo precedente, desde los albores del siglo XX el Consejo de Estado ha gozado de competencia para pronunciarse con relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, éste como máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está encargado de resolver los conflictos suscitados entre los particulares y la administración.

En efecto, fue a partir del Decreto 528 de 1964 que se instituyó a la Jurisdicción Contencioso Administrativa como juez de la administración en materia de la responsabilidad extracontractual, esto significa, que es la jurisdicción Contenciosa Administrativa la competente para conocer de las controversias surgidas en materia de responsabilidad de la administración, salvo en los eventos en los cuales se ventilen cuestiones de mero derecho privado, porque en esos casos la competencia le corresponde a la justicia ordinaria. Efectivamente, con la entrada en vigencia

del decreto señalado, el Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo pasó de tener una competencia residual a obtener la facultad general y exclusiva para pronunciarse sobre la materia.

Trasladada la Competencia de la Corte Suprema de Justicia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para conocer de los conflictos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, esta jurisdicción especializada acometió su estudio bajo el criterio de la responsabilidad directa por falta o falla del servicio, consistente en que se atribuye el daño a una persona pública, cuando no ha actuado debiendo hacerlo, ha actuado mal o actuado tardíamente. Tal como lo venía pidiendo la doctrina, el fundamento radicaba, básicamente en el artículo 16 de la Constitución entonces vigente, correspondiente en parte al artículo 2 de la Constitución de 1991.

Al respecto sostuvo el Consejo de Estado: *“(...) es deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados “servicios públicos”. De esta manera si como consecuencia bien de un mal funcionamiento del servicio o de su “no funcionamiento” o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con presidencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar, por cuanto se repite, esa responsabilidad se origina en ultimo termino en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras a la realización del bien común. Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquilina se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: existencia*

*del hecho (falla en el servicio), daño o perjuicio sufrido por el actor y la relación de causalidad entre el primero y el segundo*⁷¹

Es claro entonces, que para finales de los años 60 el principio a partir del cual se predicaba la irresponsabilidad del Estado, había sido superado y comienza a recrearse un nuevo panorama jurisprudencial respecto de la responsabilidad patrimonial del mismo.

No obstante, es solo a partir del año 1990, a través de la sentencia 1322 del 18 de octubre de 1990, expediente 5396⁷², que el Consejo de Estado admitió la posibilidad de construir un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, pero siempre que el mismo legislador lo hubiera dispuesto en el cuerpo de la ley, es decir, que para poder endilgar responsabilidad patrimonial del Estado- legislador era menester que en la ley se señalara de manera expresa la indemnización a la que tenía derecho las personas que se vieran afectadas con la entrada en vigencia de la ley o cuando por lo menos de manera tácita se pudiera colegir la voluntad indemnizatoria del legislador.

El problema jurídico que se plantea en la demanda y que se allana a discutir el máximo órgano contencioso administrativo en el fallo en mención, consiste, en si el Estado puede ser responsable patrimonialmente cuando tras la entrada en vigencia de una determinada norma se causa un perjuicio a un particular.⁷³

⁷¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sección tercera 28 de abril de 1967. Magistrado Ponente Carlos Portocarrero Mutis. A.C de E, T. LXXII. Citada por SAAVEDRA BECERRA Ramiro. La responsabilidad Extacontractual de la administración pública. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogota D.C, Colombia. 2005

⁷² Consejo de Estado Sentencia 1322 del 18 de octubre de 1990. Expediente 5396. Sala tercera de lo Contencioso administrativo. Consejero ponente: Julio Cesar Acosta. No publicada.

⁷³ En esta oportunidad la parte actora señala que con la entrada en vigencia de la Ordenanza Departamental del valle del Cauca 025 del 2 de diciembre de 1981 en concordancia con el Decreto 0623 del 30 de marzo de 1982, mediante el cual se reglamenta el cobro del servicio de bodegaje, se causaron perjuicios, en la medida en que dichas normas fomentaron la disminución de la actividad mercantil de la sociedad Felipe Garrido Sardi Ltda. relacionadas con la importación, distribución y venta de aguardiente bajo la marca "Caporal" en el departamento del Valle.

Con el objeto de dar fin a la controversia suscitada, el Consejo de Estado termina confirmando el fallo del tribunal, conforme al cual se deniegan las pretensiones de la parte demandante toda vez que se entiende que el caso objeto de estudio no tenía el universo necesario que permitiera crear jurisprudencia sobre tan importante materia.

En las consideraciones del fallo se hacen las siguientes anotaciones que por su importancia resulta relevante citarlas de manera textual: *“En sub lite, la interpretación de la voluntad del legislador no permite inferir que éste, teniendo en cuenta las circunstancias, tuviera la decisión de que se indemnizara a los posibles damnificados con los efectos jurídicos producidos (...) Por lo demás no se aprecia cual podría ser el interés general de la comunidad en que se incremente la oferta de licores en el departamento. Por el contrario, la conciencia ciudadana suele quejarse del estado cantinero, que nada hace para frenar la producción, distribución y consumo de bebidas embriagantes. Por ello en el caso en comento bien puede concluirse que la normatividad, que a la postre resultó violatoria de la Constitución y la ley, beneficiaba el conjunto de la colectividad por razones que no es necesario enumerar, pues confluyen con fuerza de convicción”*.

En el mismo sentido señala el fallador, *“solo quedan pues como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno, la responsabilidad del legislador tiene otro rasgo irreductiblemente específico: en principio corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio, como consecuencia de la ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador. Si éste niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley debe inclinarse”*

Nótese que para el Consejo de Estado el autor del daño, decide él mismo, si el daño debe o no ser reparado y en el primero de los casos los enuncia de manera expresa o tácita en el cuerpo de la ley, quedando el juez obligado a aplicar dicha disposición de manera irrevocable. Se excluye entonces, para esta corporación, la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado-legislador, en la medida en que la ley no puede incurrir en falta, toda vez que ésta se haya al margen de crítica alguna, directa o indirectamente, para lo cual se apoyan en el pensamiento del tratadista George Vedel.

Puede colegirse entonces, que en este momento histórico, en el que por primera vez, aún cuando sea de forma tímida, se reconoce la posibilidad de endilgar responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, ésta solo se reconocía en la medida en que el mismo

legislador la dispusiera de manera expresa o tácita, desconociendo principios como el de la igualdad frente a las cargas públicas que venía siendo desarrollado por el derecho comparado y la misma jurisprudencia y doctrina colombiana.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la adopción del modelo de Estado Social de Derecho es que se pone de manifiesto la obligación concreta de reconocer responsabilidad patrimonial del Estado cuando se cause un daño antijurídico que le sea imputable causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, dentro de las que se ubica la figura del legislador.

Así, después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la cláusula general de responsabilidad, la primera ocasión en la cual el Consejo de Estado se pronunció respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes fue en la sentencia del 13 de diciembre de 1995, Expediente S-470⁷⁴. En esta oportunidad se planteaba para el Consejo de Estado un problema jurídico bastante complejo, consistente en la necesidad de establecer si es posible endilgar responsabilidad patrimonial al Estado, al tenor del artículo 90 de la Constitución Política, por los daños antijurídicos causados por un acto de la Asamblea Nacional Constituyente, como autoridad pública transitoria, que ejercía las funciones de legislador.

Señala la alta corporación, que la deducción de una responsabilidad patrimonial del Estado, por principio se deriva de un control de carácter jurisdiccional, es decir, que es un resultado de la actividad y decisión judicial, de manera tal que el control se constituye en un paso indispensable para deducir la responsabilidad y sólo es posible en la medida en que exista un órgano competente para hacerlo y un marco jurídico anterior, que permita el cotejo de la actuación cuestionada. Pero en el caso colombiano, no existe, ni lo uno, ni lo otro, los actos producidos por el poder constituyente, por mandato expreso de la Asamblea Nacional Constituyente en el

⁷⁴ Consejo de Estado Sentencia del 13 de diciembre de 1995. Expediente S-470. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Diego Youngues Moreno. La demanda se presenta con el objeto de que se declare al Estado Colombiano responsable por los perjuicios morales y materiales que se le causaron al señor Feisal Mustafá Barbosa, al haberle desconocido y suspendido el periodo constitucional de cuatro años para el cual fue elegido como senador principal soberanamente por el pueblo colombiano el 11 de marzo de 1990, para el periodo comprendido entre el 20 de julio de 1990 hasta el 11 de julio de 1994, desconocimiento que hizo arbitrariamente la Asamblea Constitucional en los artículos 1 y 3 de la nueva Carta Política expedida el 4 de julio de 1991 al clausurar el congreso legalmente elegido y convocar a nuevas elecciones para el 27 de octubre de 1991.

artículo 59 transitorio, no quedan sujetos a control jurisdiccional alguno, toda vez que el poder constituyente es concebido como el poder originario, intemporal e ilimitado, que recae directamente en la agrupación política llamada pueblo y cuya actuación sólo está limitada por las normas de derecho internacional público, hoy previstas en el artículo 53 de la Convención de Viena, su propia autolimitación y las circunstancias sociológicas que sobre su poder se impongan. De esta manera, señala el Consejo de Estado que *“no es posible deducir responsabilidad al poder constituyente, en tanto ésta se predica del Estado como centro de relaciones jurídicas, así lo había elaborado la jurisprudencia nacional y hoy lo prevé el artículo 90 de la Constitución Nacional”*

Para corroborar lo anterior, señala el Consejo de Estado: *“Ya se encuentra dilucidado que una Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tenga ningún tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de un poder mediante actos de carácter eminentemente políticos. Es por ello que, un poder constituido, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tienen competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente. En este caso concreto, ni los Tribunales Administrativos ni el Consejo de Estado, como poderes constituidos y derivados del ordenamiento constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella.*

Así las cosas, dilucidado como está, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cualquier otra jurisdicción, no tienen dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el sub iudice”.

En la parte considerativa del fallo apunta también, el tribunal de lo contencioso administrativo, a precisar el alcance del principio de igualdad frente a las cargas públicas, respecto a lo cual señala textualmente: *“el rompimiento del principio de la igualdad se patentiza cuando se da*

trato diferente a personas que se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias de hecho previstas en el ordenamiento; y, en tales eventos, la persona que resulta afectada con ese trato discriminatorio tendrá derecho al resarcimiento de sus derechos, ordinariamente por medio de una indemnización”

En razón de todo lo expuesto, el Consejo de Estado, termina por inhibirse de hacer pronunciamiento de fondo respecto a si se probaron o no los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado-legislador y de cualquier otro tipo de consideración, no obstante frente a esta decisión, el consejero Daniel Suárez Hernández salva su voto, tras haber sido derrotada la ponencia presentada por él, inicialmente. Resulta importante hacer una suscita referencia a dicha posición, en tanto deja sentada una perspectiva interesante respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por hechos políticos y administrativos de órganos del Estado en funciones constituyentes.

Pues bien, el consejero apunta a señalar que en un Estado Social de Derecho, el poder supremo de dictar una constitución o de reformarla, en principio no está limitado en sentido material por ningún otro poder, en el orden interno, ni en el orden externo, pero no por ello, dicho poder puede ser arbitrario, sino que por el contrario, si con su actuar se causa un daño antijurídico el Estado debe responder tal y como se había sostenido en el derecho comparado.

A pesar de los avances respecto al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en la jurisprudencia del derecho foráneo resulta claro que en *“Colombia en cambio, hasta la fecha ha sido vacilante nuestra legislación y la propia jurisprudencia contencioso - administrativa, en la misma forma que vacilaron el legislador y la jurisdicción administrativa en Francia y otros países cuyas decisiones hemos seguido para reconocer la responsabilidad del Estado Legislador. Desde luego, también por sustracción de materia, no existe antecedente jurisprudencial alguno en torno de la responsabilidad patrimonial de la administración frente a actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente. Tal pareciera que la distribución de funciones de que hablaba Montesquieu, por la posibilidad de interferir con la otra rama del poder, sirviera de freno o impedimento para que los juzgadores conocieran, examinaran y decidieran sobre la responsabilidad del denominado poder legislativo, o del llamado poder*

constituyente. Por supuesto que si tal concepción se ha tenido en cuenta concierne con la responsabilidad del Estado-legislador, muy difícil resulta, si no imposible, encontrar algún pronunciamiento jurisprudencial, interno o foráneo, donde se haya estudiado y definido la responsabilidad del Estado, no ya por actos del legislador, sino por actuaciones o determinaciones del denominado poder constituyente.

Nótese como entonces, no es de recibo las reclamaciones de irresponsabilidad de la administración, en un contexto de un Estado Social de Derecho, poniendo de manifiesto como argumento el que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de soberanía o de una acción legal, de forma tal que dicho recurso resulta ineficaz para justificar el desborde de los causes del derecho, con actuares arbitrarios que produzcan daños antijurídicos a los asociados, al respecto señala el Doctor Suárez Hernández, “fue legítima la actividad del constituyente y con ella se lesionaron derechos del demandante, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño antijurídico, grave y especial a un grupo restringido de personas –los congresistas–, presentándose, además, un nexo de causalidad entre la actividad lícita estatal y el daño inferido, sin que haya lugar a encasillar el sub judice dentro de otro régimen diferente de la responsabilidad. Los anteriores requisitos los encuentra la Sala suficientes y declara en este caso la responsabilidad patrimonial del ente demandado”.

Ahora bien para poder endilgar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador por daño especial, según se señala en el salvamento de voto “*es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura a saber: Que se desarrolle una actividad legítima de la administración; la actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sobre alguno o algunos de los administrados. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración*”.

Adviértase que la posición expuesta por el magistrado disidente resulta interesante en la medida en que atribuye responsabilidad patrimonial al Estado por el actuar de una autoridad pública transitoria, que ejercía funciones de legislador, utilizando como fundamento principal el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas, ciertamente resulta un desacierto, en ese momento histórico, en la construcción de una teoría de la responsabilidad de este tipo, el que dicha posición no haya sido acogida por la mayoría de la sala plena.

Continuando con el análisis de la línea jurisprudencial respecto al alto Tribunal Contencioso Administrativo, procedemos a abordar el estudio de la sentencia del 25 de agosto de 1998, expediente IJ-001⁷⁵, destacando la importancia de la misma en la construcción de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes. En esta ocasión debió establecer el Consejo de Estado si había lugar a responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, cuando tras la aplicación de un tratado internacional, se causa un perjuicio a un particular.⁷⁶

A lo largo de la parte motiva de la sentencia, el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo hace ciertas precisiones de gran importancia, que conviene destacar. En primer lugar se desestima el fundamento de la sentencia de la primera instancia, en la medida en que sostiene que la responsabilidad del Estado no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino que ésta tiene su fundamento en el daño antijurídico, al respecto declara la alta corporación: *“no es acertado el criterio según el cual la responsabilidad por el acto legislativo, demande la vulneración de mandatos superiores por cuanto la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la ilicitud de la conducta de la administración, pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño”*.

⁷⁵ Consejo de Estado Sentencia del 25 de agosto de 1998. Expediente IJ -001. Sala plena de lo Contencioso administrativo. Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁷⁶ En este caso la señora Vitelvina Rojas Robles en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, demandó a la nación, Ministerio de Relaciones Exteriores – Congreso de la República, por las consecuencias deducidas de la aplicación de la Ley 6ª de 1972 por la cual se aprobó la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de la jurisdicción diplomática, por cuya aplicación se impide accionar, para obtener la reparación consecencial por la muerte de su esposo, contra la embajada de Estado Unidos luego de que el señor fuera arroyado por un automotor propiedad de la embajada de los Estados Unidos, vehículo que iba conducido por un coronel del ejército de ese país.

En efecto, se rechaza la posición de la primera instancia en la cual si bien se había declarado la responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, el fallador sostuvo que el origen de la responsabilidad de éste no radicaba en el hecho de las leyes, sino en la ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas, pues a su juicio la responsabilidad del Estado-legislador sólo tiene origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo.

No obstante, conforme lo expuesto por el Consejo de Estado se trata de una responsabilidad sin culpa u objetiva, de manera tal que hay lugar a endilgar responsabilidad al Estado cuando la ley violó la Carta Política o porque no habiéndola violado colocó al administrado en situación de desventaja ante el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, causando un daño antijurídico en los términos del artículo 90 del ordenamiento constitucional.

Considera el Consejo de Estado que la imposibilidad en que se encuentra la parte actora de demandar a los directos causantes del daño por ser agentes diplomáticos, no les impide acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar al Estado colombiano y buscar que se restablezca el principio de la igualdad ante las cargas públicas ya que la garantía de acceder a la administración de justicia no puede sufrir excepción.

Al respecto sostuvo el Consejo de Estado, *“La Convención obedece a un acto complejo del Estado Colombiano integrado por la intervención de las voluntades de dos autoridades estatales, a saber, el Congreso y el Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones, de conformidad con los artículos 189 y 150 de la C.P. Conforme al artículo 82 del C.C.A es competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las consecuencias de su adopción como ley y de su aplicación en cumplimiento de compromisos internacionales. Si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que conceda a Estados o a sus diplomáticos*

acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular”.

En el mismo sentido señalo la alta corporación, que *“Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes”.*

Para confirmar lo anterior indica la alta corte: *“Teniendo los nacionales derecho a que se respete su integridad personal y patrimonial y a ejercer las acciones de ley para el restablecimiento de sus derechos conculcados, en igualdad de condiciones, en el caso presente los demandantes experimentan una doble limitación por virtud del privilegio de inmunidad jurisdiccional conferido por el Estado Colombiano. De un lado porque quedan privados de la posibilidad de demandar en Colombia la reparación a que tienen derecho, en acción contra el ejecutor material del daño y de otra parte porque consecencialmente se desequilibraron las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, al imponérseles la necesidad de demandar ante la justicia del estado acreditante, lo cual sí está permitido por la Convención de Viena, salvo renuncia a la inmunidad en los términos allí establecidos, hecho que no ocurrió en este caso”.*

En el asunto que nos encontramos examinando, termina concluyendo el Consejo de Estado, que el título de imputación jurídica a partir del cual se edifica la responsabilidad estatal lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas ocasionado por la actuación legítima de las autoridades estatales, consistente en la celebración de un tratado internacional y su incorporación al ordenamiento interno por medio de una ley, cuya aplicación causa daño antijurídico, que un administrado no tenía el deber de soportar. Sobre el particular sostiene el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo. *“(…) que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la Convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma de dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la Constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar. En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política”.*

Puede colegirse entonces de este fallo, pieza fundamental en la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, que el Estado Colombiano puede reconocer privilegios y beneficios que forman parte del derecho internacional a través de los tratados internacionales que incorporan al ordenamiento jurídico nacional en pos del ejercicio de la facultad de organizar y regular las relaciones exteriores. No

obstante, si con la efectividad de esos privilegios se coloca en situación de desventaja a los nacionales del país ocasionando un daño, el Estado debe ser responsable por ese daño⁷⁷.

Es preciso señalar que el fallo en comento tuvo varias aclaraciones de voto que apuntan a señalar básicamente dos ideas: En primer lugar se precisa que el fundamento de la responsabilidad era la teoría del daño especial y en segundo término, se intenta demostrar que no se trataba de un caso de responsabilidad patrimonial por el hecho de las leyes, debido a que la ley 6 de 1972 no contravenía la Carta Política.

Pocos días después de que se resolviera el caso estudiado, el Consejo de Estado conoció de un proceso con fundamentos fácticos muy similares, se trata de la sentencia del 8 de septiembre de 1998, expediente IJ-002⁷⁸. En esta oportunidad el Consejo de Estado debió establecer si había lugar a responsabilidad patrimonial del Estado- legislador, tras incorporar al ordenamiento jurídico un tratado internacional y conceder inmunidad a los agentes diplomáticos impidiendo que éstos puedan ser demandados por los nacionales colombianos, cuando han causado un perjuicio.

A lo largo del fallo se exponen argumentos en los mismos términos de la sentencia del 25 de agosto de 1998, solo que en esta oportunidad se señala de forma expresa que la responsabilidad del Estado no deriva de la norma objeto de análisis. En este sentido expone el Consejo de Estado lo siguiente: *“(...) desde el punto de vista de la aprobación de la convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la ley 6a de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el*

⁷⁷ En efecto, el fallo objeto de análisis resuelve el presente caso señalando que el Estado, representado por el Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores, es responsable patrimonialmente por el daño antijurídico ocasionado a la víctima, que resulta de la privación de su derecho a acceder a la administración de justicia, que le impide obtener la reparación del daño primigenio de que es autor el agente diplomático.

⁷⁸ Consejo de Estado Sentencia del 8 de septiembre de 1998. Expediente IJ -002. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. No publicada. En esta oportunidad también se declara responsable patrimonialmente al Estado colombiano y se condena al pago de una indemnización por el perjuicio ocasionado por un agente diplomático que gozaba de inmunidad conforme lo preceptuado por la Ley 6 de 1972, tomando como fundamentos de la decisión argumento similares a los expuestos en la sentencia del 25 de agosto de 1998.

entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio”

Resulta claro para el Consejo de Estado en esta oportunidad que *“no existe responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el hecho del legislador, o por una falla del servicio legislativo, por cuanto la conducta legislativa se ajustó a la Constitución y a la ley. En efecto, la actividad del Estado en el presente caso fue legítima, desarrolló lo normado en un tratado de derecho internacional, fundado en propósitos nobles y loables, cuales son el necesario respeto de las relaciones diplomáticas entre los Estados; que han existido siempre como un principio del derecho de gentes, incluso independientemente de las previsiones que las legislaciones nacionales o internacionales hubieren realizado sobre el punto. Este propósito que se refleja en la Conversación de Viena, lo acogió el Estado colombiano en ejercicio de una actividad legítima, que no lo exige del deber de reparar los daños antijurídicos que causen con ellos, pues el artículo 90 de la Constitución Política consagró la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el caso sub lite está presente el daño antijurídico que se materializa en la imposibilidad en que se encontraron los demandantes, para perseguir ante el juez natural competente la declaratoria de responsabilidad y su correspondiente indemnización, del directo causante del daño. No obstante, se precisa que el papel del legislador formó parte del proceso de adopción de los principios y normas internacionales contenidos en el tratado, pero su actividad no fue la que produjo el daño. Por virtud de la participación del ejecutivo, legislativo y del poder judicial colombiano, se privó a la víctima de la posibilidad de demandar directamente al dañador material para pretender la indemnización del daño y por ello debe responder patrimonialmente el Estado colombiano”*.

Así, expuesta la posición de la alta corporación, la obligación reparatoria impuesta al Estado encuentra su fundamento en que las autoridades estatales, específicamente el poder público judicial y ejecutivo, en forma conjunta, habían imposibilitado a la accionante para reclamar el daño sufrido a su autor material. El primero al celebrar el tratado y al incorporarlo al ordenamiento interno y el segundo por la negativa de la Corte Suprema de Justicia a conocer de la demanda, de esta manera se genera un daño antijurídico por el cual el Estado debe responder, pero que no tiene origen en el legislador según lo considera el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Resulta pertinente señalar en este punto, que de lo expuesto, en referencia a las dos últimas sentencias, pareciere que el Consejo de Estado considerara que cuando se ha actuado de manera legítima, es decir, conforme a la Constitución y la ley, no hubiera lugar a predicar la existencia de un daño antijurídico y por ende darle paso a una indemnización por el perjuicio ocasionado, posición ésta que no corresponde con el concepto de daño antijurídico que ha dado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en tanto, éste ha sido definido como aquél perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, de tal manera que el daño no es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo importante es que se cause un daño a una persona y en esa medida hay lugar a imponer una obligación reparatoria. Nótese entonces, como se desconoce por el Consejo de Estado, en la solución de los casos señalados, la tesis tradicional del daño antijurídico, al señalar que no existe responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el hecho del legislador, o por una falla del servicio legislativo, por cuanto la conducta legislativa se ajustó a la Constitución y a la ley.

De forma más reciente, el Consejo de Estado en sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 4458,⁷⁹ se ocupó del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, en este fallo, citado por la Sentencia C- 038 de 2006, según se dice, se trata de un caso que tuvo lugar a partir de una situación fáctica más compleja respecto de las

⁷⁹ Consejo de Estado Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente 4458. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. Fallo citado en la Sentencia C- 038 de 2006 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

anteriores,⁸⁰ que planteaba para la alta corporación la necesidad de pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, específicamente de si era posible que el juez de lo Contencioso Administrativo, por medio de la figura de la excepción de constitucionalidad, extendiera sus efectos hacia el pasado de la sentencia de inconstitucionalidad y partiendo de dicha situación reconociera los perjuicios causados por la norma declarada inexecutable, posterior a la fecha de promulgación y hasta el momento de que es retirada del ordenamiento jurídico por mandato de la Corte Constitucional.

El Consejo de Estado señaló en esta oportunidad que en estos casos no procede la figura de excepción de inconstitucionalidad pues se presume que la sentencia tiene efectos ultractivos, es decir, hacia futuro, en razón de la regla instituida por la Corte Constitucional, conforme a la cual sus fallos tiene efectos prospectivos (*ex-nunc*) a menos que ella misma decida otra cosa.

Al respecto señaló el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo: *“La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la república para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, este simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento. Aquellos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a afirmar necesariamente que el fallo de constitucionalidad, puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas”*.

⁸⁰ Se trata de la demanda impetrada por el Municipio de Prado contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio del cual se reclamaban las sumas dejadas de transferir a este municipio por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la nación durante el periodo comprendido entre 1994-1995. El origen de la demanda fue la Sentencia C-523 de 1995 por medio de la cual la Corte Constitucional había declarado inexecutable el numeral 2.7 del artículo 1 de la ley 168 de 1994, norma que incorporaba los recursos percibidos por el Estado por concepto de los contratos de concesión a los particulares de la telefonía móvil celular en el rubro de recursos de capital, excedentes financieros de la nación, de manera tal que dichos recursos pasaban a un fondo especial y no eran distribuidos entre las entidades territoriales. No obstante, la Corte Constitucional se abstuvo de darle efectos retroactivos a su decisión y en consecuencia las entidades territoriales estuvieron privadas de participar en las rentas mencionadas en el año de 1994.

De suerte tal que, conforme a lo que señala el Consejo de Estado, resulta claro que la solución lógica, al problema jurídico planteado, es que en los casos en que la inexecutable sólo tenga efectos para el futuro no puede haber responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, ya que las situaciones anteriores al fallo creadas o surgidas bajo el amparo de la ley en cuestión se consideran consolidadas, en cambio si el fallo dispone efectos retroactivos para la decisión, tal responsabilidad resulta jurídicamente viable frente a los efectos producidos.

Resulta indudable, que la apreciación por parte del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo del tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, ha sido bastante tímida, esto significa que además de abrir la puerta a medias para endilgar este tipo de responsabilidad, no ha evidenciado ningún avance representativo para la teoría de responsabilidad del Estado en el aspecto aquí tratado, en tanto, con el análisis de las sentencias señaladas, se colige que frente a la responsabilidad patrimonial del legislador no se utiliza ningún criterio diferente a los que se utilizan respecto de la responsabilidad del Estado de manera general, no obstante, resulta rescatable que esos criterios sean ahora analizados, valorados y aplicados respecto del Estado, lo que demuestra un avance en el pensamiento y una interiorización del concepto de Estado Social de Derecho por parte del Consejo de Estado.

6.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Efectuado el análisis a los fallos del Consejo de Estado, juez propio de la solución de los conflictos impetrados contra la administración, nos dirigimos a hacer lo propio con la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional; a fin de percibir, como esta entidad judicial encargada de asegurar que todos los actos de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial estén acordes a los mandatos superiores, construye doctrina respecto de la viabilidad de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado-Legislator, teniendo como base la Carta Fundamental vigente.

De este modo, en el rastreo realizado a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, desde la entrada en vigor de la Carta Política de 1991, nos encontramos en un primer momento con la

sentencia C-479 DE 13 de agosto de 1992⁸¹, fallo en el cual, la corporación entró a discutir la exequibilidad del artículo 2º de la ley 60 de 1990 y el Decreto Ley 1660 de 1991; con el objeto de establecer si los sistemas especiales de retiro mediante compensación pecunaria, de los funcionarios del sector público que allí se consagraban, en pro de modernizar y racionalizar la planta de servidores del Estado, desconocían los derechos de la persona.

Las consideraciones emitidas por la corporación en análisis de exequibilidad de los preceptos legales anotados, resultan de importante relevancia para el estudio que nos ocupa, en tanto es clara la posición de la Corte, en lo que respecta al poder vinculante supremo de la Constitución⁸² y por ende, de los derechos fundamentales, de los principios y valores superiores que en ella reposan; de lo cual se deriva, que el ejercicio de la actividad pública en general y la función que corresponde al legislativo en particular, se encuentre sometido a lo establecido en la ley fundamental, constituyéndose ésta, en el mecanismo esencial de control de la actividad legislativa.

Señala la Corte, que la Constitución Política afecta a todas las ramas del poder público, cuya actuación debe estar guiada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho: garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución. Consecuente con ello, dispone que en referencia al principio de igualdad, el legislador dentro de su libertad configuradora, no puede otorgar privilegios infundados o implantar discriminaciones arbitrarias entre iguales: *“las distinciones que establezca el legislador tienen por límite la preceptiva constitucional, muy especialmente los derechos que ella reconoce y los deberes que impone a las personas y a la sociedad.”*

Trae la entidad judicial a colación el artículo 1º de la Constitución, en el que se instituye la prevalencia del interés general como valor fundamental de la organización estatal; y en concordancia con el Artículo 58 *ibídem*, afirma que los derechos subjetivos adquiridos, como la

⁸¹ Corte Constitucional Sentencia C-479 de 1992, Magistrados Ponentes: Doctores José Gregorio Hernández Galindo Y Alejandro Martínez Caballero.

⁸²Artículo 4 C.N. : “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entra la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

propiedad privada, no son inmunes al interés público, por estar afectos a una función social; empero, señala que no puede entenderse que la privación de tales derechos pueda llevarse a efecto sin resarcir el perjuicio que sufre su titular en aras del interés público; por el contrario deberá mediar una indemnización, a fin de evitar el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, consagrado en el artículo 13 de la Carta Fundamental; esto en tanto se entiende que el particular afectado con la disposición legal, no tenía el deber de resistir el perjuicio. En términos precisos apunta la Corte: “(...) *la licitud de la acción estatal no es óbice para el resarcimiento del daño causado*”.

Es por ello que en lectura de la sentencia aludida, se puede vislumbrar como la Corte Constitucional desde las primeras providencias, una vez entra a regir la Constitución de 1991, abogaba por la fuerza normativa vinculante de la Constitución y en razón de ello, encuentra el fundamento de imputación de la responsabilidad pecuniaria al Estado por el hecho de las leyes, en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Es claro, tal como se ha expuesto en el desarrollo de este trabajo, que el constituyente de 1991 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano, el fundamento constitucional de la obligación reparatoria estatal, en los siguientes términos: Artículo 90 Constitución Nacional *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)”*.

Frente al alcance de dicha cláusula general de responsabilidad patrimonial estatal, y continuando con la línea jurisprudencial que nos ocupa, resulta imprescindible la remisión a la sentencia C-037 de 05 de febrero de 1996; sentencia en la cual, el alto Tribunal Constitucional, entró a discutir la exequibilidad del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”, tanto desde un punto de vista formal como material.

En el inciso primero del Artículo 65, dentro del capítulo VI “De la responsabilidad del Estado y sus funcionarios y empleados judiciales”, del proyecto de ley, objeto de revisión por la alta corporación, efectúa el legislador una replica del primer inciso del Artículo 90 constitucional, para

posteriormente entrar a señalar las actuaciones judiciales que implican una responsabilidad pecuniaria para el Estado.

En el estudio concreto del precepto legal, no es solo clara la Corte, sino también el Presidente del Consejo de Estado, al intervenir en representación del juez propio de la Administración, para establecer que el daño antijurídico consagrado en el mandato superior, puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. Traemos a colación los términos precisos del Presidente del Consejo de Estado, en tanto son claros y precisos frente a la posición también asumida por la Corte: *“(...) El artículo 90 de la Constitución, que institucionaliza la responsabilidad estatal, presenta un cambio fundamental en su régimen, como que desplaza el problema de la responsabilidad por la conducta irregular del funcionario (fórmula anterior predominante en la jurisprudencia), para llevar sólo al daño antijurídico que por acción u omisión de la autoridad pueda producirse; o sea, aquél que la persona no tiene por qué soportar. Cambio que muestra cómo la responsabilidad en Colombia puede surgir no sólo de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública (falla del servicio en la doctrina tradicional), sino de la conducta ajustada al ordenamiento”*⁸³.

Con relación al Artículo 90 constitucional, esta entidad judicial efectuó un análisis mas detallado en la sentencia C-333 de 01 de agosto de 1996, en donde en suma de lo ya expuesto respecto del origen del daño antijurídico, por el cual entiende la corporación "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, hace alusión a los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación; en tal sentido, establece que el mandato 90 superior, señala dos requisitos para que opere la

⁸³ En sentencia de la Corte Constitucional C-430 de 2000, el alto tribunal constitucional reiteró, que el daño antijurídico no es el resultado exclusivo de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo importante es que se cause un daño a una persona, quien no tenía el deber jurídico de soportarlo. En este sentido, declara la Corte que no puede afirmarse de manera tajante, que la responsabilidad del Estado tiene como fundamento único un criterio objetivo; dado que el artículo 90 dentro de ciertas condiciones también admite la responsabilidad subjetiva, que encuentra sus bases en el concepto de la culpa.

responsabilidad tanto en el campo contractual como extracontractual, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Resulta palmario, del estudio perpetrado por la Corte Constitucional al Artículo 90 de la Ley Fundamental, que la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, puede devenir tanto de un actuar del legislador conforme a derecho, es decir, lícito, como de un actuar ilícito, pues lo relevante es el daño antijurídico, es decir, el perjuicio sufrido por un particular que no tenía el deber jurídico de soportarlo. Ahora bien, para endilgar responsabilidad al Estado por un daño ocasionado con el actuar legislativo, es menester no solo constatar la antijuricidad del mismo, pues es necesario que el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión, esto es, se requiere la *imputatio juris* además de la *imputatio facti*.

Continuando con los pronunciamientos judiciales de la Corte, que dan fe de la posibilidad de imputar responsabilidad pecuniaria al Estado por el hecho del legislador, más adelante en la sentencia C-456 del 02 de septiembre de 1998, la Corte Constitucional mediante el examen de inexecutable de la Ley 335 de 1996; por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones, entra a analizar dos aspectos relevantes: en primer lugar, la posibilidad de declarar una norma inconstitucional, con base en una desviación del poder en la actividad encomendada por el constituyente al legislativo y en segundo término, se refiere a las leyes medida o de carácter singular; a fin de establecer bajo que condiciones éstas no contrarían los mandatos constitucionales⁸⁴.

⁸⁴ Sentencia Corte Constitucional C-456 de septiembre 02 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. En términos concisos, el accionante, demanda la inconstitucionalidad del precepto legal citado, al considerar que éste violenta los artículos 1, 2, 6, 133 y 136, numerales 4 y 5, de la Carta Política. A su juicio, dicha ley es un instrumento constitucionalmente ilegítimo por los móviles que determinaron su expedición; afirma que con ella buscó el congreso restringir el actuar de los canales públicos de televisión, a fin de excluirlos de uno de los foros centrales de la democracia, como lo es la televisión. La Ley da un trato discriminatorio a los canales públicos de televisión en relación con los privados. En concreto, el actor demanda la inexecutable de la Ley, basado en una DESVIACIÓN DEL PODER por parte del legislador; quien recuerda, encuentra en la Constitución un límite a su soberanía; y como ejemplo de ello, trae a colación el Artículo 133 de la Carta Fundamental, que consagra el principio de neutralidad con el que debe actuar el legislativo, en consulta de la justicia y el bien común.

Al respecto, en la providencia que nos ocupa, la Corte reconoce que el control material del acto, comprende, no sólo la conformidad de éste con la ley (no violación de la ley), o la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino también la legitimidad de su finalidad (desviación de poder). Frente a esta última causal, señala que tiene lugar cuando un órgano del Estado, utiliza sus atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses sociales en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia. No obstante, la entidad judicial, en tratándose de actos legislativos, anota en primera media, las dificultades de aplicar la teoría de la desviación del poder a los mismos; concretamente por los siguientes motivos:

1. Las indicaciones finalistas contenidas en la Constitución tienen casi siempre un carácter muy general, de manera que la determinación concreta; de si las mismas han sido observadas o no por una medida legislativa, es de difícil precisión.
2. “(...) En principio, los criterios de oportunidad o de conveniencia plasmados en la decisión política del legislador al expedir la ley, no pueden ser materia del control de constitucionalidad, pues éste es esencialmente jurídico y no político.”
3. La intención que mueve a los congresistas a expedir una ley, constituye un elemento psicológico de muy difícil precisión, puesto que la ley es el producto inevitable de un haz de voluntades que concurren a su formación; de ahí, que para efectos del control de constitucionalidad, se tenga la voluntad del órgano legislativo, expresada a través de las reglas democráticas de la mayoría.
4. La actuación de los congresistas está amparada por el principio de buena fe, además de que como representantes del pueblo, titular de la soberanía, gozan de un margen apreciable de libertad para expresar sus opiniones y votar las medidas legislativas que juzguen convenientes u oportunas para los intereses generales.

Pese a las razones expuestas por la Corte y en atención a los principios, valores constitucionales, derechos fundamentales y a los criterios de racionalidad, razonabilidad,

proporcionalidad y finalidad, que constituyen el límite en el margen de libertad política, de que goza el legislador en la expedición de una norma jurídica legal, es que la Corporación admite la posibilidad de que se pueda invocar la desviación de poder del legislador, como motivo para excluir del ordenamiento jurídico una disposición inconstitucional. Ahora bien; aduce el alto tribunal constitucional que tal pretensión, deberá estar siempre acompañada de un material probatorio; por el cual demuestre el demandante que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, principios, derechos, deberes y fines constitucionales; esto en tanto no es tarea de la corporación, presumir la ilegitimidad en dichos fines⁸⁵.

Ya en relación a la existencia de leyes de carácter individual o bien llamadas leyes medida, aduce la Corte en guía de lo establecido en sentencia C-364/93, su viabilidad; claro está, siempre y cuando, persigan un fin público plausible y no generen discriminación o desigualdad frente a otros miembros no incluidos en el círculo de las personas cobijadas por sus mandatos.

Como bien se puede observar, la Corte Constitucional expone a través de sus consideraciones, la posibilidad de excluir una ley del ordenamiento jurídico colombiano, cuando la finalidad en su expedición contraría los principios, valores y derechos que reposan en la Ley Fundamental; lo que mediante un ejercicio analítico en relación con la sentencia del 26 de Septiembre de 2002, expediente 4458 del Consejo de Estado, expuesta en acápites anteriores, puede eventualmente conllevar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator; ya que como adujo el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo en esa oportunidad *“(…) cuando el fallo de inexequibilidad disponga efectos retroactivos para la decisión, tal responsabilidad (pecuniaria) resulta jurídicamente viable frente a los efectos producidos.”*

Ahora, respecto de las leyes dirigidas a regular situaciones de índole subjetivo, particular, que tengan como destinatario a un sujeto (s) individualizado (s), reitera el alto tribunal constitucional, la sumisión del legislador a los mandatos superiores, haciendo alusión en concreto al principio de igualdad ante las cargas públicas.

⁸⁵ Recuérdese que las actuaciones de los congresistas están amparados por el principio de buena fe.

Por último, dentro de esta línea jurisprudencial, hacemos referencia a la sentencia C-038 del 01 de febrero 2006, por la cual resuelve la Corte una demanda de inexecuibilidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. En abstracto, entró a discutir la alta corporación, si la acción de reparación directa consagrada en el precepto legal demandado, se constituye en un medio judicial idóneo para pretender del Estado una reparación pecuniaria, cuando el daño antijurídico tenga origen en la Ley.

A efectos de resolver la exequibilidad del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional efectúa un análisis pormenorizado de la responsabilidad del Estado Legislador, partiendo del desarrollo que se le ha dado al tema en el derecho comparado, lo cual ya fue objeto de examen en el primer capítulo de este trabajo, para luego exponer tal responsabilidad a la luz del ordenamiento constitucional colombiano.

Tocante a la responsabilidad pecuniaria del Estado por el acto del legislador en Colombia, bajo la Carta Política de 1991, La Corte, entra en primer término a analizar la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, consagrada en el Artículo 90 constitucional, basado primordialmente en la sentencia C-333 de 1996 ya abordada, y demás providencias proferidas al respecto por el Consejo de Estado, que fueron estudiadas en su oportunidad.

Dentro de los puntos relevantes encontrados en las consideraciones de la Corte en este fallo, para el desarrollo del estudio que nos ocupa, se destaca la posición de la corporación frente a la causa generadora de una obligación resarcitoria a cargo del Estado. En este aspecto, reafirma sosteniendo lo que ya había asentado en otras providencias judiciales, que el daño antijurídico del que habla el Artículo 90 superior, puede ser producto tanto de un actuar lícito como ilícito de los funcionarios públicos.

Ahora, lo destacable, es la defensa o justificación que efectúa la entidad judicial, de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico originado en una actividad lícita del Estado. A tal efecto, aduce la alta corporación, que el hecho de que de un actuar lícito de la Nación pueda devenir un resarcimiento pecuniario, armoniza con el principio de solidaridad y de igualdad; que

han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Aduce la Corte:

“ En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (C. P. art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (C. P. art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (C.P. art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado”.

De lo anotado, es palpable la posición de la Corte al establecer que el fundamento del daño antijurídico yace en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal, las actuaciones contrarias a la Constitución.

Otro aspecto significativo dentro de esta providencia, lo constituye la exposición que efectúa el alto tribunal constitucional, referido a los eventos constitucionales expresos, en que el Estado-Legislator, puede resultar responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que con su actuar haya generado a un particular, que fueron expuestos ya en este trabajo y por tanto se omite presentar nuevamente la relación de los mismos.

Ahora, si bien la Corte hace remisión a las anteriores situaciones, como generadoras de un deber resarcitorio a cargo del Estado y a favor del particular perjudicado con el actuar legislativo, la misma corporación, es clara al afirmar que la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, no se circunscribe exclusivamente a estos eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se adujo, la Corte señala que el fundamento de la responsabilidad pecuniaria de la Nación, estriba en la noción de daño antijurídico, la cual descansa en los principios de solidaridad y de igualdad.

En este sentido, remata la Corte afirmando, que el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, o los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República, es una tarea que corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa, como juez especializado en la materia. Por lo que, luego de aducir lo anterior, pasa a hacer un recuento de lo que ha sido la evolución de la figura desde la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana, que ya fue abordada en acápites anteriores, y que se fundan en las bases de la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional con relación a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator.

Una vez efectuado el análisis de la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, en relación al problema jurídico planteado, es posible colegir que el principio de la irresponsabilidad del Estado se encuentra superado, con especial desarrollo después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la consecuente adopción del modelo de Estado Social de Derecho. De esta manera, el Estado responde por los actos del órgano ejecutivo, judicial y legislativo que causen perjuicios a un particular. Así, coinciden en sus consideraciones el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal Constitucional cuando afirman que para endilgar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador, tema que constituye nuestro objeto de análisis, es menester demostrar que existió un daño antijurídico, un nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el actuar del legislador y la imputación, de tal forma que la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes tiene un tinte objetivo, en la medida en que no es menester para quien la prueba, demostrar la culpa, puesto que ella escapa a cualquier consideración en el proceso que se origine a raíz de un perjuicio ocasionado con una ley, ello se debe a que la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes encuentra finalmente su justificación en el postulado de igualdad ante las cargas públicas y en consecuencia la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador es una teoría fundada en el criterio objetivo del daño especial, que obedece a razones de equidad.

7 CAPITULO IV: SUPUESTOS, FUNDAMENTOS Y PRECISIONES QUE PERMITEN LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA CLARA Y COHERENTE DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR

Resulta evidente, que con el devenir del tiempo y la evolución de la doctrina jurídica nacional, ha cobrado gran importancia, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En un principio, se consideraba al Estado un ente supremo con autonomía e independencia absoluta, de manera tal que las actuaciones efectuadas por él, aun cuando causaran un innegable perjuicio a uno o varios de los asociados, no tenía consecuencias jurídicas en el ámbito patrimonial, es decir, no se concebía la idea de una compensación o indemnización a favor de quien sufría el perjuicio a raíz de un acto del Estado.

Del estudio efectuado al derecho comparado en materia de responsabilidad patrimonial estatal por el hecho del legislativo, resulta palmario que insinuar siquiera el tema, cuestionarse siquiera al respecto, constituía un acto de insolencia, pues no guardaba ningún sentido, bajo la doctrina dominante de aquel entonces; según la cual se profesaba la soberanía y supremacía del legislador, pensar que por los actos del legislativo se derivara alguna responsabilidad. Recuérdese que en la Europa contemporánea, de donde toma sus cimientos el derecho colombiano, en Estados como el de Francia, eran típicas las palabras que alardeaban la supremacía del legislativo, ejemplo de ello son las expresiones de LAFERRIÈRE, quien osaba decir: “(...) *La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que puedan reclamar de ella ninguna compensación (...)*”.

Esta situación no fue ajena al Estado Colombiano, ya que como bien se adujo, en el desarrollo del tema que abordamos en este escrito, nuestro país, ha tomado mano de la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras, específicamente de países tales como España, Francia y Alemania, naciones abanderadas en el análisis de la responsabilidad del Estado-Legislator, para llegar en la actualidad a reconocer el razonamiento según el cual, los perjuicios causados por las

leyes pueden ser objeto de compensación a cargo del Estado, tras demostrarse su responsabilidad.

Como se pudo observar en el capítulo II de este trabajo, en Colombia, en los albores del siglo XIX, época de donde se obtienen los antecedentes más remotos, frente a la posibilidad de imputar responsabilidad pecuniaria al Estado, no hay conocimiento acerca del cuestionamiento de una responsabilidad de tal naturaleza surgida por el acto del legislador; lo cierto es, que al igual que en la Europa contemporánea, indagar frente a ello, no era una opción existente en la mente de los colombianos. Fue sólo con el devenir del tiempo y la consagración de una nueva Constitución y mas aún de un nuevo modelo estatal, que la idea de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado colombiano por el hecho de las leyes, dejó de ser una ilusión para tornarse en una realidad tangible.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la consecuente adopción del modelo político del Estado Social de Derecho, se fueron quebrantando con mayor decisión aquellas concepciones imperfectas y se ha intentado construir una teoría de la responsabilidad patrimonial, que a decir verdad, presenta serias deficiencias. Así, actualmente en el contorno del Estado Social de Derecho se considera necesario indemnizar pecuniariamente a quien se cause un daño antijurídico como consecuencia de la actividad estatal.

Pues bien, se ha señalado de manera reiterada por la doctrina y la jurisprudencia foráneas y la nacional que la responsabilidad, puede emanar de la actividad administrativa, incluso de la actividad judicial y de manera tímida e incipiente se ha contemplado la posibilidad de que el Estado responda por los perjuicios o daños derivados de la actividad legislativa.

Como puede observarse a lo largo de este ensayo, ha sido todo un proceso de transformación, de cambio de ideas, en el que se han ido dejando de lado los abusos del Estado, sus inequitativas prerrogativas, que desencadenan desigualdad y trasgresión de los derechos de los asociados. Es precisamente, la consagración del principio de igualdad y de la protección de los derechos, en el Estado Constitucional, lo que sirve de fundamento, para reconocer la posibilidad de imputar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador cuando con sus actuaciones genera

un perjuicio a los particulares, más aún cuando se esté en un Estado Social de Derecho como el nuestro, donde la dignidad humana toma categórica importancia.

Justamente, el principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas es el que justifica, el resarcimiento o indemnización que debe conferirse a los asociados cuando con un actuar de las autoridades públicas en ejercicio de sus funciones, se ha causado un daño antijurídico. Es éste principio el fundamento último de la responsabilidad del Estado, en el marco de un modelo de Estado Constitucional, en el que se vela constantemente por el respeto de las garantías individuales de tal manera que se logre el cumplimiento de los fines del mismo, la preservación de orden público y la materialización de la justicia.

Ahora bien, tanto en el derecho comparado como en el nacional, la fundamentación inicial de la garantía patrimonial del particular frente al actuar legislativo, tuvo base en las privaciones hechas por esta rama del poder público, particularmente en las expropiaciones forzosas consagradas por ley; lo cual estaba más enfocado a una responsabilidad de tipo administrativo.

Retomando el estudio efectuado en el primer capítulo de este trabajo, encontramos que en países como España, Alemania y Francia, con el objeto de vencer la imperiosa irresponsabilidad por el hecho de las leyes, que gozaban de una naturaleza política inmune a todo juicio de injusticia, la doctrina y jurisprudencia de estas Naciones, hallaron en la figura expropiatoria el primer cimiento para endilgar responsabilidad patrimonial al Estado-Legislator.

En España, la Ley Expropiatoria de 16 de diciembre 1954, que constituyó el antecedente más relevante, del establecimiento de la responsabilidad objetiva por los actos de La Administración, fue adoptada mediante un amplio ejercicio interpretativo de su artículo 1º por parte de la doctrina, quien señaló que el instituto expropiatorio se caracteriza por la singularidad del quebranto ocasionado, sin importar el instrumento por medio del cual se materializa el mismo, como

mecanismo de imputación de responsabilidad pecuniaria a cargo del Estado, por el hecho de la Ley⁸⁶.

De manera paralela, en el país germano, la indemnización del derecho público, se vio ligada con la entrada en vigencia de la Constitución de Weimar, a la idea de traspaso forzoso de derechos particulares y legítimamente adquiridos; que si bien estaban en función de un interés colectivo, se debía prever un resarcimiento por parte del Estado, a fin de retribuir al ciudadano el soporte de una carga injustificada. Además, con la entrada en rigor de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado en junio de 1981, apoyada en el artículo 34 de la Constitución de Bonn, se señaló concretamente, que dicha responsabilidad en cabeza del Estado por los actos del legislador considerada como objetiva, era posible a partir de la figura de la expropiación forzosa.

Por su parte en Francia, el caso de la Fleurette, que se constituyó en el verdadero referente de la responsabilidad del Estado-Legislador en esta Nación, es muestra clara de un típico evento, en el que el deber reparador estatal tuvo como base una ley de carácter expropiatorio,

Ahora, si bien la figura de la expropiación es el antecedente más claro, sobre el cual la doctrina y jurisprudencia se sostienen para endilgar responsabilidad patrimonial al Estado-Legislador, es preciso reiterar, que el real fundamento, por el cual una ley que priva a un particular de un derecho adquirido legítimamente, debe tener como consecuencia una obligación indemnizatoria a cargo del Estado y a favor del particular, se encontraba y aún hoy se encuentra en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

En la misma línea de análisis, resulta importante anotar en este punto que la obligación del Estado colombiano de responder económicamente, en virtud del actuar de sus servidores, cuando quiera que éstos en ejercicio de sus funciones, generen un daño o perjuicio pecuniario a un ciudadano, estaba subsumida en un principio, en los albores del siglo XIX, al igual que en la Europa Contemporánea, a una responsabilidad exclusivamente de naturaleza administrativa, es

⁸⁶ El Tribunal Supremo de España en sentencias del 11 de octubre de 1991 y 5 de marzo de 1993 respectivamente, identifican la existencia de la responsabilidad del Estado-legislador en tres (3) eventos, donde el primero de ellos, hace alusión al acto legislativo con efectos expropiatorios, sobre derechos patrimoniales adquiridos legítimamente por los particulares.

decir, que la Nación, solo cumplía con ese deber reparador en tratándose de perjuicios con causa en los actos de la administración; puesto que para la época, se entendía que la responsabilidad patrimonial estatal, solo la generaba las fallas en el servicio de los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.

Con el paso del tiempo y la evolución de la doctrina jurídica se comenzó a hablar de la responsabilidad del juez por su actuar. Pues bien, en lo tocante a la declaración de un deber resarcitorio a cargo del Estado, por el error judicial o por los actos del legislador, vuelve y se repite, que no existe en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, ni en la jurisprudencia, antecedente expreso, antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, que de fe de su reconocimiento. No obstante, como ya se anotó en algún momento de este trabajo, queremos resaltar, que las corporaciones encargadas de juzgar la responsabilidad pecuniaria del Estado, tenían en el texto constitucional de 1886, específicamente en sus Artículos 2º, 16 y 30, que consagraban el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, el fundamento normativo, con el cual de igual forma, endilgar responsabilidad al Estado por el actuar judicial y por los hechos de las leyes.

En referencia concreta al error judicial, si bien en una primera etapa la jurisprudencia se pudo haber negado a admitir una responsabilidad pecuniaria estatal con base al mismo, con fundamento en el principio de la cosa juzgada y por considerar que éste era un riesgo a cargo de todos, es importante resaltar, antecedentes normativos como la Ley 16 de 1972, por medio de la cual, se introdujo al derecho nacional el "pacto de San José de Costa Rica" que en su artículo 10 prevé: *"toda persona tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial"*. Esta ley como puede observarse era cimiento legal del cual se permitía deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial; pero que sin embargo, al parecer no fue implementado por la autoridades competentes.

Ahora, con la entrada en rigor de la Ley Fundamental de 1991, no cabe duda que se consolida la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, por el actuar judicial y por los actos de la administración, que ya encontraban bajo el imperio de la Constitución de 1886, fundamentos normativos, que le sirvieron de cimiento. En el precepto 90 constitucional, quedó establecida la

responsabilidad económica estatal, por las acciones u omisiones de las autoridades judiciales, pero con la expedición de Ley 270 de 1996, LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, (que recoge lo establecido en el artículo 40 del C.P.C), es que el legislador entra a regular ampliamente la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar judicial, instituyendo tres supuestos, a saber: el error jurisdiccional (art. 67), el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) y la privación injusta de la libertad (art. 68).

Una manifestación jurisprudencial, bajo la Carta Fundamental que nos rige, respecto de este tipo de responsabilidad con causa en los actos de los jueces, lo constituye la sentencia C-100/01, en la que se manifiesta la Corte Constitucional sobre la responsabilidad de los empleados judiciales, al pronunciarse sobre la demanda de inexequibilidad parcial del artículo 2 de Código de Procedimiento Civil, que trata de la iniciación e impulso de los procesos. En el mismo sentido se pronuncia al respecto el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de mayo de 2001, Exp. 12719.

Una vez efectuado el estudio de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador tanto en el derecho comparado, como en nuestro Estado, observando los aportes que al tema ha hecho la doctrina y en especial la jurisprudencia, es posible colegir que son tres los supuestos que entran a jugar un papel importante al instante de pensar en elaborar cualquier planteamiento teórico serio y coherente relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto del legislador, que se exponen a continuación.

7.1 FUNDAMENTOS QUE PERMITEN SOSTENER UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO- LEGISLADOR

7.1.1 SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La importancia de la Constitución radica en la naturaleza que el sistema jurídico respectivo le asigne. En efecto, *“si ésta se concibe como un proyecto, como un programa básico, de la organización de la sociedad no es posible imaginar que la ley tenga un punto de referencia objetivo que delimite su campo de regulación, pues éste se infiere de la naturaleza*

programática de la estructura jurídica superior, por tanto con un esquema jurídico de esta característica, no solo es aventurado sino casi imposible elaborar una tesis jurídica que responsabilice al Estado-legislador, cuya soberanía ciertamente poseería como principal y mejor canal de expresión, precisamente, la expedición de leyes. En sentido opuesto si el carácter de la norma Constitucional es eminentemente normativo, es obvio que la actividad legislativa tenga límites objetivos y en esa dimensión los desbordes en que incurre a la actividad legislativa encontraran un escenario seguro para derivar un juicio de responsabilidad ante la propuesta de una pretensión indemnizatoria”⁸⁷

De lo expuesto se colige que la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador depende básicamente de la naturaleza asignada por la constituyente a la Carta Política, nótese como en las constituciones meramente programáticas, las leyes que se emiten, pueden ser declaradas inexequibles solo en razón del fenómeno de los principios y no al rigor de los preceptos.

Para hablar entonces, de una teoría de la responsabilidad patrimonial por el hecho de las leyes se presupone el reconocimiento de la fuerza normativa vinculante y supremacía Constitucional⁸⁸, y por ende la existencia de un control de constitucional objetivo y de la naturaleza normativa de los preceptos constitucionales. Este supuesto indispensable, encuentra su concreción en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 4, ubicado topográficamente en el título: De los principios fundamentales, conforme al cual “*la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones Constitucionales.*” Adviértase entonces, como es a partir de este precepto constitucional que se consagra como principio fundamental la fuerza normativa vinculante y supremacía Constitucional.

⁸⁷ GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. Derecho Administrativo. Editorial ABC Editores librería. Bogota D.C, Colombia. 2004. Pagina 468

⁸⁸ Constituye sin lugar a dudas la institución más importante del constitucionalismo contemporáneo, en palabras de la doctora Bernardita Pérez Restrepo.

Es preciso aclarar en este punto que se trata de una supremacía Constitucional material, que necesariamente implica la incorporación del marco axiológico para el desenvolvimiento de la actividad estatal y la sociedad civil, al mismo tiempo que da reconocimiento de diferentes órdenes de derechos y garantías que limiten el ejercicio del poder y no en un sentido puramente formal ó procedimental que concibe a la Carta fundamental como una fuente de validez formal de las demás normas jurídicas, en palabras de Hans Kelsen.

Así entonces, la Constitución más que una norma jurídica, constituye todo un cuerpo normativo. La Carta política es la primera norma del orden jurídico, jerárquicamente superior que impone a todos los operadores jurídicos un razonamiento según el cual, debe acudir en primera instancia a buscar y a aplicar el derecho de la norma constitucional misma, como lo ha señalado la doctrina reiteradamente, es el punto de partida y punto de retorno del silogismo jurídico o centro del ordenamiento jurídico *“por donde pasan todos los hilos del derecho”*⁸⁹, de forma tal que *“la Constitución informa todo el orden jurídico infraconstitucional, es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”*⁹⁰

Entendiendo pues, que la Constitución es la norma de normas, esto es, la norma fundamental de la cual derivan su validez material todas las demás del sistema jurídico, el cual se entiende organizado jerárquicamente a partir de la Constitución, es preciso que tal supremacía y poder vinculante se preserve constantemente y para lograrlo, la misma Constitución de 1991 prevé un control de constitucionalidad⁹¹ de las normas formales y materiales que emite en ejercicio de sus funciones el legislador ordinario o extraordinario, entiéndase por control de constitucionalidad “el conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de

⁸⁹ ARAGON REYES Manuel. Los problemas actuales sobre la Interpretación Constitucional y el Control Jurisdiccional. En simposio internacional: modernas tendencias del derecho constitucional (España y América Latina). Bogota, noviembre de 1986. Citado por PEREZ RESTREPO Bernardita. Interpretación Constitucional. Editorial Rodrigo Lara Bonilla. Medellín, Colombia.1994

⁹⁰ PÉREZ RESTREPO, *Op. cit.* Pág. 90.

⁹¹ Conforme lo dispuesto en nuestra Carta Política los controles de constitucionalidad son susceptibles de ser clasificados en dos: en primera instancia encontramos los previos, dentro de los que se ubica los proyectos de ley estatutaria conforme lo señalado por el artículo 153 y los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad sobre los que el congreso insista según lo prescribe el artículo 167. Por otra parte encontramos los controles de constitucionalidad posteriores que pueden ser por vía automática como los decretos legislativos de acuerdo con los artículos 212, 213 y 215 y las leyes aprobatorias sobre tratados públicos según lo indica el artículo 241 numeral 10 o por vía de acción pública de inconstitucionalidad en las que se puede impugnar las leyes formales y algunos decretos con fuerza de ley tal y como lo dispone el artículo 241 numerales 4 y 5.

los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad"⁹².

Apréciese como el control de constitucionalidad tiene sustento en el principio de supremacía de la Constitución, el profesor Eduardo García de Enterría señala algunas de las razones que fundamentan dicha supremacía. En tal sentido sostiene: "*(...) la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido"*⁹³.

Por tanto, el control de constitucionalidad se deriva del principio de supremacía de la Constitución, pero al mismo tiempo se debe destacar que es la correcta ejecución de ese control lo que posibilita que sea realidad la configuración de la Constitución como norma de normas y ostente carácter coercitivo.

De lo expuesto puede colegirse que el legislador colombiano no es soberano, en tanto no puede ser ajeno a esa supremacía y consecuente poder vinculante de la Constitución, éste debe ajustarse en el desempeño de sus funciones, en sus actuaciones, a la Carta política tanto en su forma como en su contenido. En tal sentido debe entenderse que la supremacía de la constitución y su poder vinculante es la premisa básica para un juicio de responsabilidad patrimonial estatal por el hecho de las leyes.

⁹² CHARRY UREÑA, Juan Manuel. Justicia Constitucional. Derecho Comparado y colombiano. Bogotá D.C: Banco de la República de Colombia. 1993. Pág. 73.

⁹³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª. Edición. Madrid: Civitas, 1988, Pág. 49-50.

7.1.2 NOCIÓN ACTUAL DE SOBERANÍA Y NATURALEZA DE LA LEY

El artículo 1º de la Carta Política, consagra que Colombia se encuentra erigida como un Estado Social y Democrático de Derecho; lo que amplía y acentúa el ámbito social del mismo. Es muestra de una nueva relación entre Estado y sociedad; cuyos presupuestos son el ser humano como un fin en sí mismo, el trabajo como dignificación del hombre, en tanto lo dirige al logro de sus fines, la ayuda mutua entre las personas y comunidades, y la prelación de ciertos bienes de rango común, como la paz y el orden público, ante el interés privado; todo dentro de “*un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo*” tal y como lo pregonan el preámbulo de la Ley Fundamental.

Este modelo estatal, de Estado de Derecho, agrega al mismo, el carácter de Social, cuya pretensión es el alcance de una igualdad material, que garantice el principio de la dignidad humana, fin último del ordenamiento jurídico. Y en este sentido, la búsqueda de la justicia material, que consulte la especificidad de los hechos, implica indispensablemente, una preponderancia de la Constitución; y por ende, de los derechos fundamentales, principios y valores superiores en ella consagrados; de ahí, que todos los poderes del orden público, entiéndase, poder ejecutivo, legislativo y judicial deban someterse en todas y cada una de sus actuaciones a los parámetros constitucionales, a fin de salvaguardar los derechos y libertades individuales de todos los ciudadanos.

En este orden de ideas, traemos a colación lo expresado en capítulos anteriores, en el análisis de la responsabilidad pecuniaria del legislativo dentro de la Carta Política de 1991: “(...) *la doctrina bajo la cual se profesaba en otro tiempo, la soberanía y supremacía del legislador, pierde su peso y en su lugar, se da paso al poder vinculante supremo de la Constitución*⁹⁴, *que se instituye en adelante, en el mecanismo esencial de control de la actividad legislativa. La*

⁹⁴Artículo 4 Constitución Nacional : “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

soberanía cambia de propietario y tal como lo preceptúa el Artículo 3 de la Constitución, pasa a residir de manera exclusiva en el pueblo, del cual emana el poder público”.

El legislativo actualmente es reconocido como un poder constituido, pieza clave del engranaje de la maquinaria de un Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene por función el efectivo cumplimiento de los fines del Estado y la materialización de la justicia. En este sentido la Carta política regula en el artículo 113, la tridivisión del poder, esto es, las ramas del poder público, señalándose allí la ejecutiva, la legislativa y la judicial, tal separación es fundamental para el Estado social de Derecho, puesto que el poder se auto controla en la medida en que se asigna diferentes funciones, de tal manera que cada rama actúa con independencia, dentro del marco que le fija la Constitución y la ley, pero colaborando armónicamente en la consecución y realización de los fines de Estado. Esta separación de poderes resulta siendo un mecanismo para controlar el poder por el poder mismo, con el objeto de garantizar los derechos individuales.

Más adelante, la norma Constitucional, en sus artículos 114, 150 y siguientes, señala las funciones, ámbito de actuación y límites de la rama legislativa. Pues bien, la más importante de funciones es precisamente la de hacer las leyes, cuya soberanía se encuentra subordinada a principios rectores que originan una tensión dominante respecto del orden jurídico, si el legislador atenta de manera evidente contra esto compromete su responsabilidad, la misma que no podría predicarse si la ley fuera concebida, como en el Estado absolutista, el máximo hito de la soberanía del Estado.

Dígame entonces, que con la entrada en vigor de la Constitución del 1991 y su consecuente adopción del modelo de Estado Social de Derecho, se dejaron de lado la noción de soberanía nacional y absolutismo de la ley, para darle paso a la concepción de la soberanía popular y de una ley que desarrolle los preceptos constitucionales, que permite al mismo tiempo la materialización de los fines del Estado.

Dichas así las cosas, no es posible sostener en Colombia, como lo ha señalado de manera reiterada la doctrina y la jurisprudencia durante los últimos años, y especialmente tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la soberanía e imperio del legislador, debe respetar

siempre los preceptos superiores, de tal forma que se desestiman uno de los principales argumentos de aquellos que aun defienden la idea de irresponsabilidad del Estado por el hecho de las leyes.

Resulta evidente colegir que la definición de la ley consagrada en nuestro Código Civil en su artículo 4, según la cual, *“la ley es una declaración de la voluntad soberana manifiesta en la forma prevenida en la Constitución Nacional (...)”*, no encuentra aplicación en la actualidad, con la evolución de la doctrina jurídica, en tanto, el poder del legislador debe ser ejercido de tal manera que sea absolutamente ajustado a la Constitución, su actuación entonces, se encuentra limitada por la misma, lo que implica necesariamente que el órgano legislativo no es soberano, en tanto la ley es un acto claramente subordinado a la Constitución, en síntesis, *“el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho y no como “el todo del derecho”. Pero puede pretender tanto de los jueces como de la Corte Constitucional que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respeta tal vez tendríamos un Estado más Constitucional, pero desde luego, ya no un Estado Constitucional democrático”*⁹⁵. Así dichas las cosas debe señalarse que *“entre Estado Constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno sino que debe ser objeto del cuidado de todos”*⁹⁶, así quede dicho que la leyes son un instrumento más del derecho y no el único.

7.1.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y REGULACIÓN NORMATIVA EN LA CARTA FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR

A lo largo del texto Constitucional es posible encontrar un amplio contenido normativo que fundamente una responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, a continuación

⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia. Quinta Edición, Editorial TROTTA. Madrid, España. 2003. Pág. 153 Traducido por GASCÓN Marina.

⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 153

se hace una breve exposición de los mismos, en tanto éstos ya fueron objeto de estudio en este trabajo.

En primera instancia debe señalarse el artículo 90 de la Ley fundamental, en el que, como se ha señalado reiteradamente, el Constituyente de 1991 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano, el fundamento constitucional expreso, que contempla la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, en donde tiene lugar entonces el poder legislativo. Este precepto tiene gran importancia en tanto eleva a rango constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado.

De manera específica la norma fundamental prevé ciertos eventos, señalados también en acápites anteriores, en los cuales el Estado es responsable por los actos del legislador, dentro de los cuales se señalan los siguientes:

1. Cuando la ley crea un monopolio rentístico, se encuentra consagrado en el artículo 336 de la Carta Política.
2. Cuando se genera una expropiación que da lugar a la indemnización, consagrada en los artículos 58 y 59 de la Carta Fundamental.
3. Cuando se conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos, en el evento de que los favorecidos fueren eximidos de responsabilidad civil, prescrito en el artículo 150 numeral 17 de la Constitución política.
4. Cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, consagrada en el artículo 365 de la Carta Fundamental⁹⁷

Otras normas que permiten pensar, aún cuando sea por vía interpretativa, en la posibilidad de una responsabilidad por el hecho de las leyes son los artículos 228, 229, 237 y 241 del texto Constitucional, ubicados dentro del título de la rama judicial, en tanto, son preceptos que

⁹⁷ En desarrollo de un intervencionismo protector característico de un estado Social de Derecho, los monopolios que se creen por ley, por ejemplo, en regulación de la economía e iniciativa privada en materia de servicios públicos domiciliarios, deberá la ley, excepto ciertas salvedades, consagrar una indemnización a favor del particular que ha sufrido un perjuicio económico que no estaba en deber de soportar. En otras palabras el Estado en estos eventos, se verá avocado a reconocer un resarcimiento pecuniario al particular frente al rompimiento de igualdad ante las cargas públicas.

“regulan la vinculación de los actos del legislador a la jurisdicción y por ello la interdicción constitucional a la arbitrariedad legislativa y la excepcionalidad de la existencia de los actos políticos o actos por fuera de lo orbita de la acción judicial”⁹⁸

Ésta es otra de las normas que nos permite concluir que existe la posibilidad o la contingencia de señalar la vinculación de los actos del legislador al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando con su actuar, el Legislador ha irrogado un perjuicio al particular que ha sufrido un daño determinado. Y no es para menos, pues la norma superior 228 concordada con la 229, de un lado hace expreso reconocimiento del derecho sustancial y ninguna autoridad, incluido el poder legislativo, puede desconocer el valor normativo y la efectividad de los derechos y garantías que consagra la Carta Política a favor de las personas, y de otro, la Constitución no puede declinar, en un Estado Social de Derecho y a favor, aún sea de una alta Corte, su valor normativo a sus actuaciones, mientras que no sean las de servir a la comunidad y la de respetar y promover los derechos de sus asociados.

Al respecto, señala nuestra Corte Constitucional: *“La consagración en el texto constitucional de principios generales, valores y derechos a favor de las personas, ha enriquecido indudablemente su **contenido material**. Esto tiene repercusiones de mayor trascendencia respecto de los actos que realizan los órganos constituidos –Congreso, ejecutivo y jueces- y sus agentes. (...)El **contenido material** de la Constitución se erige como un criterio de validez del entero ordenamiento jurídico y del universo de las actuaciones de los poderes constituidos, cuya regularidad y pertenencia al derecho estatal no se cumple solamente satisfaciendo criterios **orgánicos** y **formales**. Así las leyes del Congreso, los Decretos del presidente, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y de los demás jueces entre otros actos del Estado, solo se reconocen como **derecho válido del estado**, si además de reunir los requisitos para su producción y emanación, según criterios formales y orgánicos, respetan y se inspiran en el contenido material de la constitución que suministre criterios de fondo para calificar desde este punto de vista la validez de los actos y abstenciones del Estado llevadas a cabo por sus*

⁹⁸ PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Op. cit. Pág. 91.

*órganos y agentes en todos los órdenes y en sus diversas manifestaciones*⁹⁹. (Negrillas propias del texto)

Resulta claro entonces, que es a partir del derecho de acceso a la justicia, consagrado en los preceptos anteriormente analizados, que es posible que los particulares, cuando se han visto afectados por en su patrimonio por una ley, reclamen una indemnización de tipo pecuniario, permitiendo de esta manera se ejerza un control judicial de las leyes.

En igual sentido, el constituyente de 1991 dejó plasmado a lo largo del texto de la nueva Constitución, en especial en el preámbulo y en el título I, los principios fundamentales *“incuestionables e incontrovertibles que por su estabilidad y permanencia sirven de sustento a la comunidad”*¹⁰⁰ de tal manera, que éstos constituyen también cimientos sólidos que permiten sostener la posibilidad de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado por el hecho de las leyes.

La Corte Constitucional, ha definido de manera reiterativa los principios Constitucionales. Al respecto señala: *“Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos*

⁹⁹ Corte Constitucional Sentencia T 006 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁰ *Ibidem*

institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial”¹⁰¹.

Clara la noción de principio fundamental, nos disponemos entonces a enunciar cuales de éstos constituyen la base para sustentar y fundamentar una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

El artículo 2 de la Constitución Nacional, señala de manera detallada cuales son los fines esenciales del Estado, al prescribir: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;*

¹⁰¹ Corte Constitucional Sentencia T 406 de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.” (Subraya ajena a texto original).

Así, el legislativo como poder integrante del Estado, no es ajeno para propender por su desarrollo, en este sentido, cada que éste en el cumplimiento de sus funciones, contravenga los fines expuestos, será responsable patrimonialmente en razón de su función legislativa. De esta manera, años atrás una norma de similares características sirvió de base para fundamentar la teoría de la responsabilidad administrativa y judicial.

Por su parte el artículo 5 de la Norma Constitucional señala textualmente *“El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*. Este principio implica la necesidad de resarcir todo el daño que pueda sufrir la persona como sujeto de derecho y sean imputables al Estado legislador, en tanto éstas constituyen cargas negativas que los asociados no se encuentran en el deber de soportar.

En igual sentido el artículo 6 en concordancia con los artículos 113 y 121 de la Carta Política, señala que los servidores públicos, entendiéndose dentro de esta clasificación la corporación legislativa, son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Resulta claro que el desempeño de la función estatal, dividida en tres poderes y sujeta a lo señalado por la Constitución, se materializa por medio de los servidores públicos, por lo que su obligación principal se constituye en efectivizar los fines y objetivos propuestos por el Estado y si ello se incumple pueden conducir a la responsabilidad patrimonial.

Todos los preceptos relacionados afianzan y fundamentan la construcción sólida y coherente de una responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, en especial el artículo 2 y 90, obsérvese que aun cuando en la Carta Fundamental no se señala explícita y expresamente, que la responsabilidad pecuniaria estatal puede tener origen en los actos del legislativo, si deja la puerta abierta para fundamentar una responsabilidad de este tipo, y además reitera constantemente que siempre debe respetarse por parte del legislador, lo preceptuado en el

primer fundamento, que es la Constitución en sí misma, como portadora de valores, principios y derechos fundamentales, límites al actuar del legislador; por lo cual este poder público en ejercicio de su función pública, no podrá quebrantarlos.

7.2 CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO- LEGISLADOR

El tema de la responsabilidad objetiva en Colombia tiene sus orígenes cuando se implementó este tipo de responsabilidad, respecto de las actividades peligrosas, tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado, no obstante, fue necesario un avance más significativo Constitucional y legalmente hablando, para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo avanzara en este tipo de responsabilidad.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991 y la consagración de una cláusula general de la responsabilidad en su artículo 90, sumado a la modificación de la indemnización por reparación directa a través de la artículo 16 del decreto 2304 de 1989, es que el Consejo de Estado comienza a edificar una jurisprudencia en la que se implementa la obligación de reparación de los daños cometidos por la administración de forma diligente sin mediación de una falta en el servicio, siendo posible de esta manera endilgar responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del juez y del legislador, actividades históricamente conocidas por ser expresiones de la soberanía, como ya se ha señalado a lo largo de este trabajo.

Así, podría llegar a pensarse que la jurisdicción Contencioso Administrativa, según se desprende de algunos de sus fallos, de forma equivocada, influenciada por la doctrina española, consideró que la responsabilidad extracontractual del Estado, era desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, exclusivamente de tipo objetivo, dado que había desaparecido la necesidad de demostrar la existencia de una falla en el servicio. Este planteamiento encuentra su fundamento bajo el entendido que la consagración del elemento daño antijurídico, implicaba dejar de lado la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, en otras palabras, la falla en el servicio.

No obstante, con un estudio más adecuado del tema fue posible corregir tal situación, de tal forma, que hoy debe entenderse que el régimen subjetivo no debe desaparecer y que en algunos casos es menester demostrar la falla en el servicio, con el objetivo de obtener una indemnización y en ese sentido el demandado debía demostrar fuerza mayor o hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, si su deseo es exonerarse de la responsabilidad que se le imputaba.

En tal sentido, al analizar el artículo 90 de la Constitución Nacional debe entenderse que con base en él, pueden aplicarse todos los regimenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia antes de la Constitución de 1991. Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, señalando que: *“(..)* en la actual practica siguen existiendo régimen diferenciado. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otras esta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regimenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regimenes tradicionales de la responsabilidad del Estado”¹⁰²

Conforme a lo expuesto, se puede colegir, que la responsabilidad con base en criterios objetivos, es tan solo una de las posibilidades que brinda el artículo 90 de la Carta Política, esto significa, que puede endilgarse responsabilidad patrimonial al Estado, con base a la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal o cuando se genere un desequilibrio o rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. Esto nos lleva a pensar que la responsabilidad patrimonial de cada uno de los poderes públicos, puede estructurarse con fundamento en elementos diferentes, teniendo siempre como punto de partida el artículo 90 de la Carta Política, considerado como la cláusula general de responsabilidad.

Adviértase que en una línea coherente de análisis, debe señalarse que cuando se le impute responsabilidad patrimonial al Estado por el hecho de las leyes, en la medida en que se denota

¹⁰² Corte Constitucional Sentencia C 333 de 1996 del 1 de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, dicha responsabilidad, será necesariamente de corte objetivo.

Ahora bien, resulta evidente la importancia en este punto, de efectuar una sucinta descripción de los elementos, que conforme lo ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, deben observarse al momento de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado por el hecho de las leyes, en tal sentido encontramos los siguientes: 1. La acción que causó un daño especial, 2. Que se verifique un nexo de causalidad entre el actuar del legislador y el daño ocasionado y finalmente, 3. Que la conducta sea imputable al legislador

7.2.1 EL ACTO QUE CAUSA UN DAÑO ESPECIAL

En el capítulo II, hicimos mención a teorías tales como la falla del servicio y el daño especial, como criterios, ya subjetivos ora objetivos utilizados por las corporaciones judiciales, para configurar la obligación a cargo del Estado, de resarcir los perjuicios económicos sufridos por los particulares a causa del actuar de los funcionarios públicos.

Ahora, en atención a estos diferentes criterios que fueron objeto de estudio en su momento dentro de este escrito, nos preguntamos: ¿Todos ellos podrán ser implementados como cimiento para endilgar responsabilidad pecuniaria al Estado por el hecho de las leyes? Entendemos que la respuesta debe ser negativa, si tenemos en cuenta que la responsabilidad del legislativo es meramente de tipo objetivo, como lo hemos anotado, una teoría de la falla en el servicio, que tiende a una responsabilidad, consistente en la producción de un daño, como consecuencia del actuar negligente de un agente público, basada en un régimen subjetivo, donde juega un papel primordial la culpa o el actuar ilícito, no podrá tener cabida respecto de la función encargada por el constituyente al poder legislativo.

En este sentido, con relación al carácter objetivo de la responsabilidad del Estado-Legislator, es decir, sin falta o sin falla del servicio, cuyo fundamento es el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, la teoría del daño especial se configura en el soporte de la misma.

En el análisis de la doctrina del daño especial, observamos como ésta, es pilar basilar de imputación de la responsabilidad patrimonial al Estado, cuando éste aún actuando legítimamente, es decir, conforme a derecho, en pro del orden público y del interés general, crea con su actuar un daño, manifestado en un detrimento económico a ciertos ciudadanos. Esta teoría pretende entonces de la Nación, una indemnización a las víctimas de un daño por razones de equidad.

En otras palabras, el daño especial surge cuando se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es en la inequidad en la que incurre el Estado, cuando con su actuar legítimo, algunos ciudadanos deben soportar mayores cargas que otros, en forma injusta o desigual. En este orden de ideas, el daño ocasionado resulta anormal y especial; configurándose el elemento de la antijuridicidad, exigido por la Carta Política vigente, en su artículo 90, para que se instituya una responsabilidad pecuniaria en cabeza del Estado; y por tanto deba éste resarcir patrimonialmente el daño ocasionado.

De lo expuesto acerca del daño especial, resulta palmario que el daño antijurídico generado en el acto del legislador, encuentra fundamento en la citada teoría. Obsérvese que, cuando el legislador, en ejercicio de una función legítima, como lo es legislar conforme a derecho, dentro de un marco constitucional, genera un resultado pecuniario lesivo, es decir, un daño cierto, concreto y particular a un derecho jurídicamente tutelado de un particular o de un grupo de personas; quienes ven quebrantado su principio de igualdad ante las cargas públicas, consagrado en el Artículo 13 de la Ley Fundamental, no se está más que produciendo por parte del ente estatal, a través de la rama legislativa del poder público, un daño especial a dichos particulares, en tanto éstos, se ven obligados a resistir un daño anormal, excepcional y superior en su patrimonio, que normalmente no debe soportar el resto de la colectividad, y que lo soportan, en contrapartida al interés de la comunidad en general; y por tanto ese daño especial, del cual el Estado es responsable, deberá ser resarcido por el mismo.

Si hacemos remisión a los antecedentes de la responsabilidad del Estado legislador, encontramos por un lado, que en el derecho comparado, el caso de LA FLEURETTE de 14 de febrero de 1.938 en Francia, ya analizado a comienzos de este escrito, se constituye en el antecedente primario de la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar

legislativo, tuvo como presupuesto precisamente la configuración de un daño especial. Ahora, en lo concerniente al derecho nacional, también hallamos en el artículo 336 de la Carta Política de 1991, réplica del Artículo 4 del acto legislativo de 1.910, que el deber indemnizatorio a causa del hecho de la ley, guarda su origen en un daño especial; al aducir tal precepto, que ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse sin antes haber sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella queden privados del ejercicio de una actividad lícita.

Respecto de la jurisprudencia colombiana, los fallos del Consejo de Estado del 25 de agosto de 1998 y de septiembre 8 del mismo año, ya analizados detalladamente en el capítulo III, son muestra clara de que el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha hallado en la teoría del daño especial, cuya base es un régimen objetivo, el presupuesto para endilgar responsabilidad pecuniaria al Estado por los actos del legislador.

En estos eventos, donde se demandó a la Nación, en ejercicio de la acción de reparación directa, consagrada en el Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por la aplicación de la Ley 6 de 1.972 aprobatoria de la convención de Viena, en la cual se establecía la inmunidad jurisdiccional a favor de los agentes diplomáticos, impidiendo la reclamación al Estado de los daños que los ciudadanos pudiesen sufrir con ocasión de la actuación de dichos sujetos, el Consejo de Estado resolvió que el título de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, es el régimen por el daño especial, debido a que los perjuicios que tal ley generó en los actores, surgieron del ejercicio de una actividad legítima del Estado; cual es la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena, por parte de la rama legislativa, que trajo consigo un daño que devino en el desequilibrio ante las cargas públicas que los actores de la demanda no estaban en deber de soportar.

De lo aquí anotado, es claro que el criterio sobre el cual reposa la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador, es la producción de un daño especial. Así lo entendemos no solo las autoras de la monografía, si no también, que tal concepción ha sido adoptada tanto en el derecho comparado como en el ordenamiento jurídico nacional, a través de su normatividad y la doctrina antes señalada.

7.2.2 NEXO CAUSALIDAD ENTRE EL ACTUAR DEL LEGISLADOR Y EL DAÑO OCASIONADO

Para obtener un resarcimiento por el daño ocasionado, es menester también, que exista una relación de causalidad entre el actuar legislativo y el daño producido al asociado, de tal forma, que se verifique una relación causa-efecto.

El nexo de causalidad ha sido definido tradicionalmente por la doctrina como “*el lazo que se establece entre dos fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia al otro*”¹⁰³, de tal manera que se verifica la existencia de causalidad, “*cuando uno de ellos existe o subsiste en razón de la existencia del otro*”¹⁰⁴

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde los mismos comienzos en que se empieza a esbozar una responsabilidad extracontractual en Colombia, se evidencia la importancia que al nexo de causalidad se le ha otorgado, a la hora de imputar responsabilidad a una persona, muestra de ello es el aparte que a continuación se transcribe: “*para el éxito de la petición indemnizatoria es preciso establecer a plenitud, entre otros requisitos, a través de los diversos medios probatorios consagrados legalmente, la existencia de la relación de causalidad entre el hecho perjudicial y el daño irrogado*”¹⁰⁵

Así las cosas, se debe entender que para endilgar responsabilidad patrimonial al Estado por el actuar legislativo, el daño ocasionado a un particular debe tener su origen en una ley, que evidencie un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, en otras palabras, el daño debe ser consecuencia de la expedición y consecuente cumplimiento de una ley.

¹⁰³ PEREIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extacontractual. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogota, Colombia. 1998. Pág. 406.

¹⁰⁴ *Ibidem* Página 406

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales Casación Civil, Sentencia de Junio 10 de 1952. G.J .T LXXVII (2.140).

7.2.3 QUE LA CONDUCTA SEA IMPUTABLE AL LEGISLADOR

Para poder endilgar responsabilidad es menester la existencia de un sujeto al cual pueda ser imputada, de tal manera, que este requisito se torne en elemental a la hora de obtener la reparación pecuniaria por un perjuicio ocasionado.

La imputación es definida como “*un fenómeno Jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y éste*”¹⁰⁶, la imputación entonces, consiste en la existencia de un título jurídico válido, que permita la atribución del daño generado, a una actuación de una autoridad pública, en este caso del legislador.

Es claro entonces, que no basta con la existencia de un daño especial, se requiere también de un nexo de causalidad entre el actuar legislativo y el daño ocasionado, pero además es indispensable, que dicho daño sea imputable al mismo, es decir, debe existir un título jurídico válido, para el caso la ley, que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, en el evento que nos ocupa, al poder legislativo.

Se concluye entonces que la responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar legislativo tiene un tinte objetivo, puesto que no es deber para quien la prueba, demostrar la culpa, dado que ella escapa a cualquier consideración en el proceso que se origine a raíz de un perjuicio ocasionado con una ley. Así, para poder endilgar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador, tan solo es menester, demostrar que existió un daño especial, esto significa que se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, un nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el actuar del legislador y finalmente la verificación de la imputación. Una vez se cumplan estos requisitos, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización.

¹⁰⁶ GARCIA ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomas –Ramón. *ob.cit.* Pág. 378

7.3 EVENTOS EN LOS CUALES EL ESTADO LEGISLADOR ES RESPONSABLE PATRIMONIALMENTE POR SUS ACTOS

Una vez establecido el daño especial, como presupuesto de la responsabilidad patrimonial del legislador, pasemos a determinar, que eventos concretos, subsumidos en ese daño especial, implican la responsabilidad del Estado por el hecho de la Leyes; y para este efecto, hacemos seguimiento de la discriminación que al respecto, efectuó la Dra. Bernardita Pérez Restrepo¹⁰⁷. De este modo tenemos, que los eventos que taxativamente regula la Constitución y la jurisprudencia pueden resumirse en los siguientes:

1. Cuando la Ley violenta la Constitución, los valores, principios y derechos que en ella reposan, generando con su aplicación, un daño antijurídico a un particular: Con relación a este evento, el Consejo de Estado, menciona la inconstitucionalidad de la ley entre las causales de imputación de responsabilidad patrimonial extracontractual a cargo del Estado; siendo entonces factible, que los particulares puedan pretender la indemnización de los daños a ellos causados, por la norma inconstitucional durante el tiempo en que ésta estuvo vigente, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa. Ahora bien; es preciso aclarar que no basta con la declaración del órgano competente de la inexecutable de la norma, para que consecuentemente un particular pueda reclamar del Estado una indemnización; pues se requiere además, que dicho precepto contrario a los mandatos superiores, tenga efectos retroactivos y así sea declarado por el órgano competente.

Tal cual se expone, será necesario, a fin de que sea viable la responsabilidad pecuniaria estatal, con base en una ley declarada inconstitucional, que la Corte Constitucional le otorgue a dicha decisión efectos retroactivos; puesto que es sabido que por regla general, la declaratoria de inexecutable no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma, es decir, que las situaciones jurídicas anteriores al fallo bajo el amparo de la ley inexecutable se consideran consolidadas; ya que lo propio de estos fallos, es que tengan efectos hacía el futuro; de ahí, que sea indispensable que el fallo de inconstitucionalidad, desconozca expresamente esa situación

¹⁰⁷ PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Op. cit. Pag. 92-93

jurídica que tuvo lugar durante la vigencia de la norma contraria a los mandatos superiores, que generó un menoscabo económico para un individuo o un grupo de ellos.

Por último, frente a este evento, tal como lo dispone la Dra. Bernardita Pérez, no se requiere indubitadamente, que esa ley contraria a derecho, sea declarada inconstitucional, pues bastará que el operador jurídico competente deseche su aplicación, a la luz del Artículo 4 de la Ley fundamental, que dispone que la Constitución es norma de normas.

2. Cuando la ley es expropiatoria de un derecho ciudadano y la ley no consagró la correspondiente indemnización o de manera expresa estableció su no operatividad: En este caso, la no consagración de una indemnización por parte del legislativo o su no reconocimiento expreso, no pueden ser excusas válidas para el no resarcimiento por el Estado, de un perjuicio económico que una ley de esta índole puede generar a un grupo determinado de individuos; puesto que se estaría vulnerando la Constitución, concretamente el principio de igualdad ante las cargas públicas y a lo largo de este trabajo, hemos sido enfáticas en establecer que dentro de un Estado Social de Derecho, la Constitución adquiere un poder vinculante supremo, y se instituye en adelante, en el mecanismo esencial de control de la actividad legislativa.

3. Cuando una disposición legal, regula una inequidad en las cargas públicas que competen al ciudadano, y su aplicabilidad genera un daño.

Conforme lo expuesto a lo largo de este texto, resulta evidente que cuando con la entrada en vigencia de una determinada norma se genera un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, que afecta al ciudadano, a tal punto de generarle un daño, será deber del Estado- legislador efectuar un resarcimiento pecuniario por ese daño que se ocasiona a raíz de una actuar antijurídico del legislador, esto es, la emisión de una norma que regula una inequidad en las cargas públicas y cuya aplicación genera un daño a uno o varios particulares, en tanto deben soportan una carga que no tiene el deber jurídico de soportar y que no se compadece con las de los demás ciudadanos.

Resulta pertinente terminar esta parte del escrito, señalando que desde el punto de vista jurídico y a la luz de la justicia, resulta ser una miope actitud desconocer que el Estado pueda ser responsable por el hecho de las leyes, en tanto sería desafortunado concebir un Estado Social de Derecho en cuyas bases estructurales se ubique a la responsabilidad estatal pero donde contradictoriamente prevalezca la noción de un legislador irresponsable, fundamentada en retrógrados principios y concepciones tal como lo es, la soberanía de la ley. Es así como debe partirse de la idea de que el Estado- legislador puede resultar responsable patrimonialmente por su actuar, puesto que éste no es de mera voluntad, sino que debe ser aplicación y desarrollo de la Constitución, de tal forma que siempre debe atender el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas, fundamento último de este tipo de responsabilidad.

8 CONCLUSIONES

Como ha podido apreciarlo el lector, a lo largo del cuerpo de este documento, hemos presentado algunas de las consideraciones a las que arribamos como corolario del estudio hasta este punto adelantado; con la finalidad de precisarlas, las presentamos así:

1. Asumir que el órgano legislativo es irresponsable por sus actos, es tanto como afirmar que éste es un poder sin límites, soberano y absoluto, postulado que no corresponde con los fundamentos de un Estado Social y democrático de derecho. Si el Estado responde cuando los poderes Ejecutivo y Judicial incurren en eventos en los que lesionan el patrimonio de los particulares, no puede ser el Legislativo un órgano exceptivo a la responsabilidad del Estado, cuando el artículo 90 superior establece una cláusula general de responsabilidad Estatal, en el que por demás se introdujo el concepto de daño antijurídico, definido por la jurisprudencia y la doctrina como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar, lo que constituye en gran avance para sostener este tipo de responsabilidad.
2. En Colombia existen los suficientes elementos normativos Constitucionales y legales que permiten elaborar, explicar y hacer efectiva una teoría de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, de tal forma que habrá lugar a resarcir los perjuicios ocasionados, en razón de una ley, cuando el órgano legislativo en ejercicio de sus funciones vulnere los cometidos estatales y trasgreda el principio de la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas.
3. Tanto en la Europa contemporánea como en Colombia, la proyección social vivenciada por los Estados, permitió la introducción de instituciones tales como el control de Constitucionalidad, que replantearon la supremacía y soberanía de que gozaba de vieja data la rama legislativa del poder público. Ese enfoque social en nuestro Estado, se

amplió y acentuó con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, al proclamar en su artículo 1, que Colombia se encuentra erigida como un Estado Social y Democrático de Derecho y en su artículo 4 al disponer que la Constitución es norma de normas, dándose paso entonces, al poder vinculante supremo de la misma; que se instituye como fundamento para sostener una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de las leyes, en tanto el legislador en el ejercicio de sus funciones debe observar los preceptos constitucionales sin excepciones.

4. El criterio objetivo del daño especial, cuyo cimiento es el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es, la inequidad en la que peca el Estado, cuando con su actuar legítimo, determinados individuos deben sufrir mayores cargas que otros, en forma injusta o desigual, se instituye en el fundamento con base en el cual, es factible endilgar responsabilidad patrimonial al Estado por el hecho de la Leyes. En tal sentido, debe entenderse que la responsabilidad patrimonial del Estado es de carácter objetivo
5. Para que se configure responsabilidad pecuniaria a cargo del Estado-Legislador es menester que se de un cabal cumplimiento de tres elementos o requisitos imperiosos, de tal forma que es menester demostrar una acción que causa un daño especial, un nexo causalidad entre el actuar del legislador y el daño ocasionado y finalmente que la conducta sea imputable al legislador.
6. Bajo el rigor de la Ley Fundamental de 1991, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, juez propio de la Contencioso Administrativo, han construido doctrina respecto al deber u obligación indemnizatorio que le cabe al Estado, en razón de los actos del legislativo. En este sentido, es clara la posición de ambas corporaciones, al reconocer en sus providencias, el poder vinculante supremo de la Constitución y por tanto, de los derechos fundamentales, principios y valores superiores que en ella descansan; estando el ejercicio de la actividad pública y en ella la que corresponde al legislativo, sometida a lo establecido en dicha Ley Fundamental.

7. Si bien es cierto en el medio colombiano las corporaciones judiciales han esbozado e insinuado, así sea tímidamente una teoría de la responsabilidad por los actos del legislador, es lo cierto que se requiere de una legislación más clara y precisa sobre el tema estudiado.

BILIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCTRINALES

- ACKERMAN, Bruce. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. De cuadernos y debates #29. Centro de estudios constitucionales. Madrid, España. 1991
- ALESSANDRI RIDRIGUEZ, Arturo. La responsabilidad extracontractual. Editorial Imprenta Universal. Santiago de Chile, Chile. 1981
- ALONSO GARCÍA, María Consuelo. Monografías Jurídicas. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator. Prólogo de Luis Ortega Álvarez. MARCIAL PONS, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid 1.999 Barcelona.
- BENAVIDES LÓPEZ, Jorge Enrique. Nociones de derechos Humanos y derecho Internacional Humanitario. Editorial Señal Editora S. A. Medellín, Colombia. 1999.
- BLANCO VALDÉZ, Roberto. El Valor de la Constitución. Separación de Poderes. Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal. Editorial Alianza Editorial. Madrid, España. 1998
- BORDEAU, Georges. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Traducción de la octava edición francesa. Editorial nacional. Madrid, España. 1981.
- BOBBIO, Norberto. Diccionario de Política. Volumen 1 y 2. Décima Edición en Español. Siglo XXI Editores S.A. Madrid, España. 1997

- CASTRO ZAPATA, Maria Elena y otros. Responsabilidad Patrimonial de Estado por los Actos del Legislador. Monografía del postgrado de derecho administrativo. Medellín, Colombia. 1999.
- CALDERA, Hugo. Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política. Chile.1980.
- CHARRY UREÑA, Juan Manuel. Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano. Bogota D.C. Banco de la República de Colombia. 1993. Pág. 73
- Constitución Política. Editorial LEYER. Bogota D.C., Colombia.1997
- DE ANGEL YÁGÔZ, Ricardo. El consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño. Revista de Responsabilidad civil y del Estado N°16. Medellín, Colombia. 2004
- DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 1995
- DIEZ, Manuel Maria. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Plus Ultra. Buenos Ares, Argentina. 1977.
- DROMI, José Roberto. Instituciones de derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1974
- FERNANDEZ, Tomás–Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Editorial Civitas, Madrid. 1991

- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotra. Madrid, España. 1995.
- FROSINI, Vittorio. La Letra y el Espíritu de la Ley. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 1995
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Cívitas S.A. Madrid, España. 1983
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás–Ramón. Curso de Derecho Administrativo, II tomo. Editorial Civitas. Madrid, España. 1984.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado Legislador. En revista de Administración Pública. Centro de Estudios Constitucionales. Vol. #119. Mayo agosto. Madrid, España. 1989.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Los derechos Humanos. En temas políticos Colombianos. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia. 1989.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis. La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (Jurisprudencia Contencioso Administrativa). Colección doctrina y jurisprudencia. Actualidad editorial S.A. Madrid, España 1.994.
- GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. Derecho Administrativo. Editorial ABC Editores librería. Bogota D.C, Colombia. 2004.
- GÓMEZ CARDONA, Efraín. La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991. Editorial DIKE. Medellín Colombia.1995.

- GÓMEZ ISAZA, Maria Cristina. El mito del Legislador Racional. En revista Colección Estudio Políticos. Número 5. Medellín, Colombia. 1998.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado. Editorial DIKÉ. Bogota D.C, Colombia. 1998
- HART ELY, John. Democracia y desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional. Universidad de los andes, Facultad de Derecho. Bogota D.C, Colombia.1997
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Concepto de Fiscalía. Rendido ante la sección tercera del Consejo de Estado para la ponencia de la responsabilidad del Estado por Hechos dañinos por de la Asamblea Nacional Constituyente. Consejo de Estado. Colombia. 1995
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho colombiano y francés. Departamento de publicaciones de la Universidad externado de Colombia. Bogota D.C, Colombia.1998
- HOYOS LEMUS, Félix. Demanda de Inconstitucionalidad parcial del Art. 86 del Decreto Ley 01 de 1984 "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo" Septiembre 2 de 2005.
- LÓPEZ PINA, Antonio y otros. Separación de poderes e interpretación constitucional. Editoria Tecnos. Madrid, España. 1987
- MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Editorial Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires, Argentina. 1987
- MATTEUCCI, Incola. Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno. Editorial Trotta. Barcelona, España. 1968.

- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Fundamento Constitucional y Legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: antecedentes dogmáticos–históricos y legislación vigente. Revista Opinión Jurídica. Editorial Universidad de Medellín. Volumen 4. Número 7. Medellín, Colombia. 2005.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Editorial TEMIS S.A. Bogota D.C, Colombia. 1986.
- ORTIZ CATRO, José Iván. Aproximación al Estado. Derecho Constitucional General. Cuarta Edición. Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 1999
- PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Apuntaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador. En revista del Instituto de Responsabilidad. Medellín. Número 2. Septiembre de 1996. Pág. 133.
- PEREZ RESTREPO Bernardita. Interpretación Constitucional. Editorial Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Medellín, Colombia. 1994
- PEREIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extacontractual. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogota, Colombia. 1998.
- PENA FREIRE, Antonio Manuel. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Editorial Trotta. Barcelona, España. 1997.
- RAMOS ACEVEDO, Jairo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ediciones Universidad Libre. Calí, Colombia. 1994.

- Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia. Diciembre de 2005. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/responsabilidaddelestadolegislador>.
- RIVERO GONZALES, Manuel. La responsabilidad del Estado legislador. Documentación jurídica. Tomo XVI, julio – septiembre. Ministerio de Justicia. Madrid, España. 1989.
- SACHIOCA, Luis Carlos. Derecho Constitucional General. Cuarta Edición. Editorial TEMIS. Bogota, Colombia.1999.
- SAAVEDRA BECERRA Ramiro. La responsabilidad Extacontractual de la administración pública. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogota D.C, Colombia. 2005
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado: El riesgo Excepcional y las actividades peligrosas: el daño antijurídico (Constitución Política Art. 90). Editorial TEMIS. Bogota D.C., Colombia.1997
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Del daño Moral y el perjuicio a la vida de relación hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales. Revista de Responsabilidad civil y del Estado Número 16. Medellín, Colombia. 2004.
- VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogota D.C, Colombia. 1998
- YOUNGUES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogota, Colombia. 1994

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Consejo de Estado Francés. Arrêts de La Fleurette de 14 de enero de 1938.
- Consejo de Estado Sentencia 1322 del 18 de octubre de 1990. Expediente 5396. Sala tercera de lo Contencioso administrativo. Consejero ponente: Julio Cesar Acosta. No publicada.
- Consejo de Estado Sentencia del 25 de agosto de 1998. Expediente IJ -001. Sala plena de lo Contencioso administrativo. Consejero ponente: Jesús Maria Carrillo Ballesteros.
- Consejo de Estado Sentencia del 8 de septiembre de 1998. Expediente IJ -002. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado Sentencia del 26 de septiembre de 1998. Expediente 4458. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.
- Corte Constitucional Sentencia C-479 DE 13 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo Y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Sentencia C-037 de 05 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional Sentencia T 006 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional Sentencia C-033 de 2001 de agosto de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martines Caballero.

- Corte Constitucional Sentencia C-456 del 2002 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel
- Corte Constitucional C-038 del 2001 de febrero 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra porto

