

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER  
CONSTITUYENTE**

**DAYRON ARLEY VILLALBA ARENAS**

**JESÚS MIGUEL PINEDA SANTOS**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS**

**ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**BUCARAMANGA**

**2017**

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER  
CONSTITUYENTE**

**DAYRON ARLEY VILLALBA ARENAS**

**JESÚS MIGUEL PINEDA SANTOS**

**Trabajo de grado para optar al título de  
ABOGADO**

**Director**

**OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA**

**Doctora en Derecho**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS**

**ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**BUCARAMANGA**

**2017**

## **DEDICATORIA**

A mi adorada madre y hermanos; ejemplos de esperanza, Coraje y honestidad.

A mí querida tía Otilia, por su amor y apoyo incondicional.

A mi estimado primo Gerlin; por seguir aquí, enseñarme amar el derecho y demostrarme su cariño.

**Dayron Villalba A.**

## DEDICATORIA

A Dios, por darme fuerza en los momentos difíciles de mi vida y por permitirme escalar un peldaño más.

A mis padres Julia y Gustavo, como verdaderos ejemplos de constancia y lucha para salir adelante.

A mis hermanos Juan, Hugo y Javier, por su incondicional apoyo en cada uno de mis proyectos.

A mi familia, en especial a mi primo Ferney, quien me inculcó amor por las leyes y la justicia.

A nuestra Directora de Tesis, a quien le guardo profunda admiración como profesional y como ser humano.

A mis maestros UIS, en especial a los Doctores, Ernesto, Orlando, Nicolás y Jorge E de quienes me llevo las más preciadas enseñanzas.

*Jesús M.*

## **AGRADECIMIENTOS**

A nuestros respetados maestros y en especial a nuestra directora de trabajo de grado doctora Olga Cecilia González Noriega, quién con su guía y paciencia hizo posible este gran logro.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	14
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b> .....	18
1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD .....	18
1.1 CONCEPTO.....	18
1.2 RESPONSABILIDAD JURÍDICA.....	20
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b> .....	25
2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL .....	25
2.1 EL DERECHO PRIVADO COMO PILAR DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO .....	25
2.2 EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO..	27
2.3 ORIGEN Y DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN COLOMBIA.....	33
2.4 INDEPENDENCIA DEL DERECHO PRIVADO Y CONSAGRACION DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	38
2.5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL.....	42
<b>CAPITULO TERCERO</b> .....	48
3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL .....	48
3.1 DAÑO.....	48
3.1.1 CONDICIONES DE EXISTENCIA.....	51
3.2 CLASES DE DAÑO.....	54
3.3 DAÑO ANTIJURIDICO.....	56
3.4 LA IMPUTABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS...58	
3.5 NEXO DE CAUSALIDAD.....	59
<b>CAPITULO CUARTO</b> .....	61

4. FUNDAMENTOS DEL PODER CONSTITUYENTE.....	61
4.1 PODER CONSTITUYENTE.....	61
4.2 CARACTERISTICAS DEL PODER CONSTITUYENTE.....	62
4.3 TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE.....	63
4.4 PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DERIVADO.....	65
4.5 PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO.....	68
<b>CAPITULO QUINTO</b> .....	70
5. PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL .....	70
5.1 PRONUNCIAMIENTO DOCTRINAL.....	70
5.2 POSICIÓN ASUMIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL.....	72
<b>CAPITULO SEXTO</b> .....	78
6. IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO.....	78
6.1 FUNDAMENTOS MEDIATOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EQUIDAD.....	79
6.2 DIFERENCIAS Y ALCANCES DEL PODER DE SUSTITUCIÓN Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EN CABEZA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.....	83
6.3 TRAMITE DE REFORMA DE LA CONSTITUCION EN CABEZA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.....	86
6.3 AFIRMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE.....	88
6.4 VALIDACIÓN DE LA AFIRMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE.....	89
<b>CAPITULO SÉPTIMO</b> .....	102

7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE .....	102
7.1 DAÑO ESPECIAL.....	103
7.1.1 REQUISITOS DEL DAÑO ESPECIAL.....	105
7.1.2 PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.....	107
7.2 CONFIANZA LEGÍTIMA.....	113
7.2.1 FINALIDAD DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.....	115
7.2.2 ELEMENTOS PARA QUE PUEDA CONFIGURARSE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.....	115
7.2.3 LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE.....	116
7.3 FALLA DEL SERVICIO.....	119
<b>CAPITULO OCTAVO</b> .....	122
8. MEDIO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VICTIMAS CON OCASIÓN DE LOS ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE .....	122
8.1 MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.....	123
8.2 LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIO IDÓNEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y AL DEBIDO PROCESO.....	128
9. CONCLUSIONES .....	132
BIBLIOGRAFÍA .....	134

## RESUMEN

**TITULO:** RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE\*

**AUTOR:** DAYRON ARLEY VILLALBA ARENAS Y JESÚS MIGUEL PINEDA SANTOS\*\*

**PALABRAS CLAVES:** RESPONSABILIDAD ESTATAL, CARGAS PÚBLICAS, PODER CONSTITUYENTE, BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD, IUS COGENS, SOBERANÍA, DERECHOS FUNDAMENTALES.

**CONTENIDO:** Colombia, como un Estado Constitucional que propende por la protección de las garantías fundamentales de sus ciudadanos, consagró dentro de su Carta Magna de 1991, una cláusula general de Responsabilidad, que abarca el universo de la conducta del poder público, en todas sus formas, es así como toda afectación o perjuicio que se genere como consecuencia de sus actividades, deberá ser reparado de forma integral, lo que resulta comprensible en un Estado garante, con ciertos límites y fundado dentro del principio de legalidad.

De allí que, no es posible tolerar actuaciones del poder público, ni del poder constituyente originario, que rompan con sus límites formales y materiales, creando así un desequilibrio dentro de las cargas públicas de los ciudadanos, quienes de conformidad a nuestra estructura de Estado adoptada no están desprotegidos respecto de aquellas cargas cuya obligación de asumirlas no recae sobre ellos como asociados.

Muy a pesar de ello, cuando trata sobre la responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente originario, no existe aún regulación normativa directa que respalde dicha declaración.

Es en este sentido, que se nos brinda la oportunidad propicia para reflexionar, sobre la inmunidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por los actos del poder constituyente originario, del cual no se ha trabajado lo suficiente, para brindar mayor claridad sobre este, cuyo poder es una manifestación clara y directa de la soberanía popular que por esencia no presenta ningún control.

Por ello, mediante el presente escrito se afirmara que si es posible que el Estado sea patrimonialmente responsable por los actos del poder constituyente originario, teniendo como pilar los derechos fundamentales, el bloque de convencionalidad, el *ius cogens* como límites externos al poder constituyente, que abren la puerta para que este tema de responsabilidad pueda ser puesto en marcha en nuestro país.

---

\* Proyecto de Grado

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Universidad Industrial de Santander. Director: Olga Cecilia González Noriega. Doctora en Derecho

## SUMMARY

**TITLE:** STATE RESPONSIBILITY FOR ACTS OF THE CONSTITUENT POWER\*

**AUTHOR:** DAYRON ARLEY VILLALBA ARENAS Y JESÚS MIGUEL PINEDA SANTOS\*\*

**KEY WORDS:** STATE RESPONSIBILITY, PUBLIC LOADS, CONSTITUENT POWER, CONVENTION BLOCK, IUS COGENS, SOVEREIGNTY, FUNDAMENTAL RIGHTS.

**CONTENT:** Colombia, as a Constitutional State that seeks to protect the fundamental guarantees of its citizens, consecrated within its Constitution of 1991, a general clause of Responsibility, which encompasses the universe of the conduct of public power in all its forms, it is thus that any damage or loss that arises as a result of its activities, must be repaired in a comprehensive manner, which is understandable in a Guarantor State, with certain limits and based on the principle of legality.

Hence, it is not possible to tolerate acts of the public power, nor of the original constituent power, that break with its formal and material limits, thus creating an imbalance within the public charges of citizens, who according to our adopted State structure are not unprotected with respect to those charges whose obligation to assume them does not fall on them as associates to the figure of the State.

In spite of this, when it deals with the responsibility of the State for acts of the original constituent power, there is still no direct normative regulation that supports this declaration.

It is in this sense that we are given the opportunity to reflect on the immunity of the State for the unlawful damages caused by acts of the original constituent power, of which insufficient work has been done to provide greater clarity on this, whose power is a clear and direct manifestation of popular sovereignty that essentially has no control. For what we have written will allow us to see that if there is a possibility that the State is patrimonially responsible for the acts of the original constituent power, having as a pillar the fundamental rights, the block of conventionality, ius cogens as external limits to the constituent power, which open the door for this issue of responsibility can be implemented in our country.

---

\* Graduation Project.

\*\* Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Industrial University of Santander.  
Director: Olga Cecilia González Noriega. Doctor of Law

## INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en principios fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad, la autolimitación del poder público, de ahí que el Estado debe responsabilizarse de la protección y garantía de los derechos de los asociados y con el fin de lograr ese objetivo se fundó una de las consecuencias jurídicas fundamentales de un Estado Constitucional, la Responsabilidad estatal que busca limitar las conductas del poder público.

Así hoy, en nuestra legislación, la responsabilidad del Estado tiene su fundamento Constitucional en el Título Tercero de la Constitución Política que trata “sobre los derechos civiles y garantías sociales” constitutivos del Estado Social de Derecho y en particular, en el artículo 90 que consagra la cláusula general de Responsabilidad estatal.

Por lo tanto, con la constitucionalización de la responsabilidad estatal, es válido afirmar que ninguna función del Estado debe estar exenta de responsabilidad cuando se causa un perjuicio.

Sin embargo, la posición del Consejo de Estado frente a los daños que se causan como consecuencia de los actos del poder constituyente originario, es que no existe una autoridad competente que pueda juzgar las reclamaciones presentadas por los asociados como consecuencia de las decisiones del constituyente originario, en vista a que este es soberano e ilimitado y finalmente irresponsable. Por lo tanto, nuestro máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se ha venido inhibiendo frente los conflictos de responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado, que se generan como ejercicio del poder constituyente.

En efecto, nuestra investigación parte del interrogante ¿es posible predicar responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños antijurídicos, ocasionados como consecuencia de los actos del poder constituyente originario?

En primer lugar cabe señalar que las funciones del poder constituyente se encuentran dentro de las actuaciones del Estado, en el sentido de que este se encuentra reglamentado dentro de la normatividad estatal, solo basta observar que para que la Asamblea Nacional Constituyente pueda conformarse es necesario que el pueblo sea convocado para que decida si convoca a la creación de esta.

Esta posición que ha asumido el Consejo de Estado, puede ser revaluada si la tomamos desde un punto de vista diferente, en el sentido que el estudio del poder constituyente no debe ser solamente limitado al interior de nuestro país, sino que debe estar a la par de la dinámica internacional, que va más allá de hacer efectivo un ordenamiento positivo, exigen el reconocimiento de valores superiores, principios y derechos de rango Internacional,<sup>1</sup> que son la garantía de los derechos y de la continuidad de un orden social y político, y a su vez permiten abrir una puerta que permita el ingreso de la responsabilidad frente a los daños antijurídicos con ocasión de los actos del poder constituyente.

En este contexto, la presente investigación se desarrollará en ocho capítulos, en el capítulo primero, se expone lo que se entiende por el término de responsabilidad tanto en su sentido general como jurídico bajo la concepción de la teoría del derecho.

En el capítulo segundo, se expone una síntesis de como la responsabilidad del derecho privado sirvió de pilar para la determinación de una responsabilidad dentro

---

<sup>1</sup> PAZOS GUERRERO, Ramiro. La responsabilidad del Estado por la función constituyente: El caso Colombiano. Grupo de estudios en derecho administrativo GEDA, facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2013. Pg. 34.

del derecho administrativo, y como se llegó a convertir en una rama independiente y autónoma de la legislación privada e incluso del órgano encargado de juzgar. Además de exponer la evolución que ha tenido la responsabilidad estatal en Colombia.

El capítulo tercero, se señalan algunas precisiones concretas sobre el estudio de los tres elementos que fundan la existencia de la responsabilidad estatal como obligación de reparar un daño que se ha ocasionado.

En el capítulo cuarto, se analizará, lo concerniente al poder constituyente, esto con el fin de entender las definiciones básicas sobre este concepto.

El capítulo quinto, denominado “Panorama de la responsabilidad estatal por actos del constituyente Doctrina y Jurisprudencia: Consejo de Estado y Corte Constitucional”. Se abordará los pronunciamientos que ha realizado la doctrina al tema de la Responsabilidad del Estado por actos del Poder Constituyente Originario y enseguida se expondrá la posición que han venido asumiendo tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional frente a esta temática.

En el capítulo sexto, teniendo como base lo manifestado en los anteriores capítulos, daremos a conocer nuestra propuesta sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del poder constituyente originario, por lo tanto, este capítulo se divide en varios acápite, en el primero de ellos se desarrollaran los principios que son el pilar de la idea de reparación patrimonial, y por ende se convierten en los cimientos que conforman la estructura de un régimen de responsabilidad estatal por el desarrollo de los actos del poder constituyente, se determinara cuál es el alcance del poder de sustitución o reforma que tiene el poder constituyente, comprender cuál es el trámite de la reforma de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional Constituyente y finalmente se desarrollara la hipótesis asumida para nuestra investigación.

En el capítulo séptimo, se abordara el régimen de responsabilidad aplicable a los daños ocasionados por actos del poder constituyente.

Finalmente, en el capítulo octavo, se señalaran los medios para la reparación de la víctimas con ocasión de los daños ocasionados por los actos del poder constituyente originario.

Finalizaremos con las conclusiones generales.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD**

En el desarrollo de este capítulo hemos de referirnos a los fundamentos que nos permiten hoy en día, afirmar con tanta naturalidad que toda persona o entidad que cause un daño a otra estará en la obligación de resarcirlo.

#### **1.1 CONCEPTO**

El concepto de responsabilidad se puede entender desde diversos puntos de vista, de conformidad al contexto de aplicabilidad, por lo que un sentido general podemos mencionar que el concepto de responsabilidad se entiende como “la obligación de asumir las consecuencias de un acto, de un hecho o de una conducta”<sup>2</sup>

Así mismo, podemos entenderla como un valor del ser humano, en virtud de que se trata de una característica positiva de las personas que son capaces de comprometerse y actuar de forma correcta.

También puede ser entendida dentro del contexto de lo social, lo que nos conlleva a adquirir un compromiso como miembros o individuos entre si y como garantía de la existencia de la misma sociedad.

Tal visión puede verse reflejada en la antigua sociedad Romana, donde el Ordenamiento Jurídico se podía resumir en tres grandes axiomas que determinaban el comportamiento de un individuo hacia los demás, y que abarcaban todos los aspectos a regular por las normas, que fueron dominados como Los Preceptos Fundamentales de Ulpiano o Las tres Máximas de Ulpiano, quien consagro que “los

---

<sup>2</sup> MARTINEZ TAMAYO, Catalina y MARTÍNEZ RAVE Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Undécima Edición, Temis, Bogotá. Colombia, 2003. Pg. 3.

preceptos del derecho son: **vivir honestamente** (*honeste vivere*) , **no dañar a nadie** (*alterum non laedere*) **y dar a cada uno lo que es suyo** (*suum cuique tribuere*)<sup>3</sup>

En este sentido podemos mencionar que a partir del principio *alterum non laeder*, el cual se ha convertido en uno de los pilares de la responsabilidad, en cuanto a la orientación de la convivencia humana, ya que como lo ha mencionado el doctor Gilberto Martínez Rave, en su obra “es un término de relación por lo cuanto se es responsable respecto de alguien y quien ejecute determinado hecho o conducta asume las consecuencias que se tiene prevista ante otra persona”<sup>4</sup> Esto es lo que se ha denominado Responsabilidad, en tanto es la obligación de una persona de reparar un daño a quien lo ha sufrido. Por lo que podemos determinar que la responsabilidad tiene una relación muy estrecha con la reparación, para derivar la responsabilidad de la conducta.

Para el tratadista Enrique Gil Botero, la institución jurídica de la responsabilidad está íntimamente unida a la noción de dignidad humana, que se puede rastrear en la obra *Antígona* de Sófocles: “Se da en *Antígona* un deber ser vinculante con un contenido material que minimiza el cumplimiento de la ley, por ser inicua y por ir contra la esencia misma del hombre: su dignidad. Es por ello por lo que en toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable”<sup>5</sup>

Planiol y Ripert arguyen que “existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra”<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Justiniano. *Institutas I*, 1, 3.

<sup>4</sup> MARTINEZ TAMAYO, y MARTÍNEZ RAVE. *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Quinta ed. Bogotá: Temis. 2011. Citado en: JIMÉNEZ, William. *Origen y Evolución de las Teorías de la Responsabilidad Estatal*. En: *Revista Diálogos de Saberes*, Bogotá, 2013: Universidad Libre. P. ISSN: 0124-0021.

<sup>6</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo sexto, *Las Obligaciones (primera parte)*. La Habana: Editorial Cultural, S.A, 1936, pág. 664.

Es por ello, que la responsabilidad se ha clasificado, en virtud de las reglas que vulnera, por lo que podemos pasar de una responsabilidad moral, social, hasta llegar a la responsabilidad jurídica, que es la que nos ocupa en esta investigación

## **1.2 RESPONSABILIDAD JURÍDICA**

La responsabilidad jurídica es una noción que obedece a un ámbito especial de aplicabilidad, por lo que se convierte en un concepto más concreto y limitado dentro de un marco normativo.

De allí que, debemos partir de su estructura general, es decir desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho, la cual nos brindara los cimientos necesarios para poder comprender este concepto en todas las áreas del derecho, especialmente en el área administrativa.

Para Sanz Encinar,<sup>7</sup> señala que: “Se han desarrollado dos vías de reconstrucción: un intento de elaboración de un concepto unitario que comprenda todos o casi todos los diferentes tipos de responsabilidad o la de asumir la existencia de distintos conceptos de responsabilidad, en la que se disgreguen las diferentes manifestaciones”. En virtud de las diversos concepto de responsabilidad que se han desarrollado.

En el derecho contemporáneo su teórico más influyente Hans Kelsen, desarrolla el modelo unitario, quien expone la idea de la responsabilidad como reacción del ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto dentro de determinadas condiciones establecidas por el ordenamiento, pues para Kelsen

---

<sup>7</sup> SANZ ENCINAR, Abraham. El concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho, AFDUAM, Universidad Autónoma de Madrid, 2000. 1 ed., pg. 33. Citado por: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio. El Concepto de Responsabilidad, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Pg., 98. [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/9.pdf>.

la responsabilidad únicamente se genera cuando hay una norma que sanciona una conducta que es reprobable por el Estado, puesto que perjudica a la sociedad, y el sujeto que la realiza es al que se le aplicara la norma y esa obligación es la que genera en el sujeto la obligación de repararlo.<sup>8</sup>

Para Kelsen en su obra *Teoría Pura del derecho*, desarrolla el concepto de responsabilidad ligado al de obligación jurídica, pero entendiendo que la responsabilidad es una situación normativa referida a la sanción y no al deber u obligación jurídica. Para mayor claridad nos permitimos ejemplificarlo, en el caso de que un sujeto X, este determinado a actuar de cierta forma, y este ejecuta una conducta contraria a la determinada es condición de que se imponga una sanción.

Así, la responsabilidad se constituye en función de la condición jurídica, es decir que la conducta suponga una sanción. Por lo que para Kelsen la noción de responsabilidad tiene una relación muy estrecha con sanción, en la que se es Responsable de la conducta quien en virtud de una norma puede ser sancionado por realizar dicha conducta. Esta situación conlleva a que el concepto de responsabilidad solo pueda aplicarse en los ordenamientos jurídicos en los que la responsabilidad suponga.<sup>9</sup> Por lo que cabe señalar que Kelsen desarrollo el concepto de responsabilidad enfocado hacia la imputación de las normas jurídicas.

Por su parte Hart, abordo la teoría de responsabilidad de acuerdo a las interacciones del hombre en la sociedad, de allí que para el existe una responsabilidad de rol, que se desarrolla de conformidad a una función que le ha sido asignada a una persona. En vista de ello toda persona que desarrolla cierto estatus o cargo tiene el

---

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio. *El Concepto de Responsabilidad*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Pg., 98. [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/9.pdf>.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, *Responsabilidad extracontractual del estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho*, Revista UIS Humanidades. Vol. 40, núm. 2. 2012, [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/3465>

compromiso de llevarlo a cabo de la mejor manera, y en el contexto de que llegue a existir un incumplimiento y que este genere unos perjuicios deberá asumir los daños y perjuicios causados. En este sentido Antonio Fernández<sup>10</sup>, plasma el claro ejemplo de Hart para explicar su concepto de responsabilidad, “el ejemplo del capitán de un barco, que durante un viaje toma decisiones erróneas y mueren varias personas, por lo que se le inicia un juicio de responsabilidad”. Por lo que dicha responsabilidad está ligada al cargo desempeñado.

El defensor del modelo de asumir la existencia de distintos conceptos de responsabilidad, es Alf Ross, por lo que para el termino de responsabilidad tiene dos acepciones, y que varían de acuerdo al contexto que se ubiquen; el primero es la responsabilidad y obligación de rendir cuentas y el segundo, es más restringido pues solo se refiere a la responsabilidad de ser condenado y ser sujeto de imputación por la norma jurídica.<sup>11</sup>

De allí que Ross fundamenta su concepto de responsabilidad ligado a la exigibilidad de la culpa y la responsabilidad como sanción, que es la consecuencia de su actuaron.

Ross hace relación a la culpabilidad en dos sentidos: culpabilidad en la que incurre quien ha trasgredido una norma jurídica, siendo la carga que debe soportar el infractor de la norma y que corresponde al reproche que hace el resto de la comunidad que comparte el código normativo, y culpabilidad como concepto vinculado a la noción de imputación de consecuencias jurídicas, como presupuesto de la responsabilidad en el sistema normativo<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 103.

<sup>11</sup> *Ibidem*. Pg. 106

<sup>12</sup> LARRAÑAGA, Pablo. El concepto de responsabilidad. En la Teoría Contemporánea del Derecho. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Doctrina Jurídica Contemporánea. (2004). Citado por: GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, Responsabilidad extracontractual del estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho, Revista UIS

De allí que, la responsabilidad se predique de la persona que a actuando en vista de que esa conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico. La desarrolla por lo que se hace objeto de un requerimiento para que responda por los daños ocasionados y como consecuencia de ello viene la exigibilidad que se presenta en forma de sanción.

En vista de las anteriores manifestaciones sobre el concepto de responsabilidad, que crean un gran avance sobre lo que se debe entender como responsabilidad pero no sientan las bases de esta como una institución de allí que se nos haga necesario analizarla.

En el lenguaje jurídico se emplea la expresión “responsabilidad” para aludir a la distribución de los daños o perdidas de lo que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres del mundo exterior.

Es por ello que, el Estado como ente Regulador, de las relaciones intersociales, para mantener la disciplina social mínima que permita la convivencia pacífica de los ciudadanos, consagra algunas consecuencias que deben sufrir quienes desconocen normas o pautas que pretender mantener el equilibrio entre el derecho de los asociados.<sup>13</sup>

De acuerdo con ello Martínez Rave, afirma que la responsabilidad jurídica “transciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida de relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta

---

Humanidades. Vol. 40, núm. 2. 2012, [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/3465>.

<sup>13</sup> MARTINEZ TAMAYO, Catalina y MARTÍNEZ RAVE Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Undécima Edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2003. Pg. 3.

responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, o pautas de los componentes de la sociedad”<sup>14</sup>

Por ello, se hace necesario que todo sistema jurídico, tenga un régimen de responsabilidad que debe ser aplicado a toda obligación atribuida por el orden jurídico, de allí que no puede existir una obligación sin su respectiva sanción en caso de incumplimiento. En este sentido la responsabilidad se exige es del individuo que teniendo una obligación a su cargo puede generar un perjuicio a otra persona, por lo que se encuentra llamado a responder por el desarrollo de su conducta.

---

<sup>14</sup> MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1988. pág. 12.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### 2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En el desarrollo de este capítulo, hemos de determinar como la responsabilidad del derecho privado sirvió de pilar para la determinación de una responsabilidad dentro del derecho administrativo, y como se llegó a convertir en una rama independiente y autónoma de la legislación privada e incluso del órgano encargado de juzgar.

#### 2.1 El Derecho Privado como pilar de la Responsabilidad del Estado

En virtud de los artículos 2341 a 2360 del Código civil, surge la obligación de reparar respecto a la responsabilidad extracontractual, pero con aplicabilidad limitada solo se circunscribían a particulares y no se aplicaban a los sujetos jurídicos.

Como respuesta a esta situación la Corte Suprema de Justicia, mediante la aplicabilidad del artículo 2347 y 2349 del Código Civil que consistía en la aplicación de la responsabilidad indirecta, que estaba atribuida a los particulares, comienza a trasladarla tanto a las personas jurídicas privadas, como públicas; en este sentido el Estado debía responder frente a los particulares por la acción u omisión de sus funcionarios públicos que causaran algún perjuicio. Esta responsabilidad se derivó con ocasión de que podría llegar a incurrir en culpa *in eligendo* y *culpa in vigilando*.

Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: de la responsabilidad indirecta, en este sentido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de junio 30 de 1962, la Sala de Casación Civil, realizó un estudio del problema en los siguientes términos:

*“Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus*

*cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídicas la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil*<sup>15</sup>

Posteriormente se acogió la tesis de la responsabilidad directa, a partir de la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, fundados en que si un funcionario actúa como tal, sus acciones, omisiones y culpas en que pueda incurrir se reputan como acciones, omisiones y culpas del Estado, es por ello, que la culpa del funcionario compromete a la persona moral, en razón a que la culpa de sus agentes es su propia culpa, como consecuencia de la producción de un hecho dañoso.

Esto se imputa como culpa de Estado, debido a que es a este último al que representan, permitiendo una analogía de conformidad a lo que establece el artículo 2341 del Código Civil relacionado con la responsabilidad directa de las persona, y debido que con el actuar del funcionario se compromete la unidad de Estado, como una persona jurídica, lo que conlleva a determinar la denominada culpa de la administración.

En vista de lo anterior la jurisprudencial civil dio aplicabilidad a los artículos 2341 y 2349 del Código Civil relacionados con la responsabilidad directa e indirecta, para poder indilgar responsabilidad de los entes públicos, que más adelante se convertía en materia de Responsabilidad del Estado.

---

<sup>15</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de junio 30 de 1962, Citado Por: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia octubre 28 de 1976. Consejero Ponente. Jorge Valencia Arango.

## 2.2 Evolución y Desarrollo de la Responsabilidad del Estado

Sin lugar a dudas la Responsabilidad del Estado, tiene como cimiento la responsabilidad civil clásica, en virtud de que es la responsabilidad civil la que busca dar aplicabilidad a sus fundamentos, principalmente a las relaciones entre particulares, pero además busca ampliar estos postulados para abarcar la responsabilidad de la administración pública con relación a los particulares. Es así como la responsabilidad del Estado, comienza a ver sus inicios, desarrollándose y convirtiéndose en una responsabilidad independiente y autónoma de la responsabilidad civil, con un origen compartido, pero a su vez propia como la apreciaremos más adelante.

En primer término, la figura de responsabilidad estatal, representa dos caras como la de Jano, una que obedece al camino de la negación de toda clase de responsabilidad, y la otra referente a su reconocimiento, que van desde argumentos de una soberanía inquebrantable en sus inicios, hasta planteamientos que consagran que el Estado debe responder por todos los daños que ocasione en el desarrollo de sus funciones.

Para dar a conocer el desarrollo de la Responsabilidad del Estado, de forma clara y concreta nos basaremos en los pronunciamientos de ilustres tratadistas tales como Libardo Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, Deissy Motta Castaño y Diego Baracaldo Amaya, en su obra Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Colombiano por violación de los Derechos Humanos, y en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

El desarrollo del instituto de responsabilidad se puede desarrollar en tres etapas, la primera de ellas va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en la cual se pregona la irresponsabilidad total, en virtud, principalmente, de la soberanía del Estado, lo que se plasma en la famosa sentencia de LAFERREIRE: **“Le popre de la souveraineté**

**est de s'imposer a tous sans compensation**".es decir, "La característica de la soberanía es imponerse a todos sin una compensación"<sup>16</sup> Por lo que la teoría de irresponsabilidad del Estado se sustenta en la noción de soberanía como el poder abstracto y perpetuo.

Tal y como lo manifiesta Chevallier:

*El soberano es por antonomasia, irresponsable ante los demás, solo se reconoce a sí mismo. Tres atributos o características de la soberanía completan su carácter: 1) Es absoluta, pues el soberano hace la ley y no está sometido a esta; 2) Es perpetua, no está asignada por un tiempo determinado, y 3) Es indivisible, no se debe compartir. Aunque el soberano podría ser un rey, una aristocracia o una asamblea popular, Bodin se muestra favorable a la monarquía al considerarla más conforme a la naturaleza (en la familia un solo jefe, en el firmamento un solo sol, en el mundo un solo Dios soberano), porque se potenciaba al estar en manos de un solo hombre y además, porque la monarquía preservaba el poder ante la influencia inculta y peligrosa del pueblo. Durante los siglos XV a XVIII los Estados europeos se configuraron como monarquías en las que el soberano era el rey.<sup>17</sup>*

---

<sup>16</sup> MOTTA CASTAÑO, Deissy y AMAYA BARACALDO, Diego. Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Colombiano por Violación a los Derechos Humanos. Universidad Autónoma de Colombia, Grupo de Investigación Derecho Público Horizonte Autónomo, Bogotá, Colombia, 2011. pg. 7.

<sup>17</sup>CHEVALLIER, Jacques. Los Grandes Textos Políticos. Desde Maquiavelo hasta nuestros días. Madrid: Aguilar. Citado en: JIMÉNEZ, William. Origen y Evolución de las Teorías de la Responsabilidad Estatal. En: Revista Diálogos de Saberes, Universidad Libre Bogotá, 2013. P. ISSN: 0124-0021.

Por lo que la Soberanía parlamentaria, apasionadamente defendida por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico.<sup>18</sup>

Según este principio el Parlamento como órgano depositario de la soberanía no podía ocasionar con su actuación daños que debieran ser reparados pues sus decisiones eran una expresión del poder supremo del Estado. Resultan muy esclarecedoras las palabras de Laferrière:

*(...) es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por 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 tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción.<sup>19</sup>*

---

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-038 de 2006, Magistrado Ponente, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>19</sup> LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*. Vol. II, París, LGDJ, 1888. p. 12 citado por: J. A. Santamaría Pastor "La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador", *Revista de Administración Pública*, No. 68, 1972. p. 73.

Entonces, los súbditos estaban obligados a soportar los daños ocasionados, y era inconcebible pensar que tales daños pudieran ser antijurídicos, precisamente porque provenían del órgano que encarnaba la soberanía el Estado.<sup>20</sup>

Este argumento se tornaba sólido en el sentido que toda actuación se realiza en nombre del Estado, y como este era soberano, se regían por el poder de este, así mismo Duguit, recuerda a los juristas de su tiempo, los cuales indicaban que el supremo Estado era “una persona de esencia supraterrrenal, puede equivocarse, puede cometer faltas, pero es irresponsable. El poder público no puede ser sometido a la gran ley de responsabilidad: está por encima de esta ley, que no se ha hecho para él”<sup>21</sup>. Por lo que era impensable hablar de responsabilidad.

Esta idea de irresponsabilidad absoluta del Estado, según el profesor Libardo Rodríguez, encontró algunas limitaciones, “si bien el Estado no era responsable, se consideró que por los daños que causara su actividad eran responsables los agentes que directamente los causaban; es decir, que si bien no era responsable la persona jurídica, sí era la persona natural que causaba el daño en nombre de aquella”<sup>22</sup>

Es así como se han establecido limitaciones en varios sentidos: cuando una ley así lo establecía, fueron fuente de responsabilidad del Estado diversos textos legales en los que se empieza a imputar responsabilidad en algunos supuestos precisos como los daños causados por el ejército, por los alumnos de las escuelas públicas, daños producidos en las guerras, entre otros, en aplicación a la teoría de los actos

---

<sup>20</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006, Magistrado Ponente, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>21</sup> DUGUIT, León. La transformación del Estado. Capítulo VII “La responsabilidad del Estado” 2 ed. Madrid: Francisco Beltrán librería, sin año (1900). Pág. 139.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 2005. p.453. Citado por: MOTTA CASTAÑO, Deissy, AMAYA BARACALDO, Diego. Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Colombiano por Violación a los Derechos Humanos. Universidad Autónoma de Colombia, Grupo de Investigación Derecho Público Horizonte Autónomo, Bogotá, Colombia, 2011. pg. 7.

de poder y de gestión en los que se consideró que el Estado respondía por los daños ocasionados en desarrollo de sus actos de poder y no respondía, por los detrimentos ocasionados en su actividad de gestión.<sup>23</sup>

Casi en el mismo período, que comenzó a cuestionarse la soberanía absoluta del Estado, la teoría del servicio público contribuyó al desmantelamiento de la irresponsabilidad en algunos asuntos, pues “al tratar al Estado en términos de servidor mal podía considerársele como irresponsable”<sup>24</sup>

Pero de allí surgió una inquietud, si se debería juzgar al Estado como si fuera una persona natural, en el sentido civilista que las faltas solo se cometían por personas, es así como se comenzó a imponer la idea de “responsabilidad indirecta, con falta o sin falta, porque el Estado no puede cometerla, sino sus funcionarios; por ello se decía que era un hecho ajeno, ya que el Estado era un ente abstracto, se hablaba entonces, de una responsabilidad semejante a la de los padres, respecto de sus hijos, se cometían hechos por terceros”<sup>25</sup>

De allí se dio paso a la responsabilidad directa, es decir, que el Estado respondía por sus entidades y agentes en el desarrollo de sus funciones, ha esto hay que agregarle la incertidumbre una vez se había determinado que el Estado también debía responder por los perjuicios que se pudieran llegar a ocasionar en la realización de sus funciones, si este se debía regir bajo la legislación del Derecho

---

<sup>23</sup>GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, Responsabilidad extracontractual del estado. una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho, Revista UIS Humanidades. Vol. 40, núm. 2. 2012, [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/issue/view/370>,

<sup>24</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Capítulo XIV “Responsabilidad del Estado” Derecho administrativo. 11. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. Pág. 267.

<sup>25</sup> BERNAL RICO, Lizardo, Responsabilidad por el hecho del constituyente, entre el daño antijurídico, los derechos Fundamentales, y la irresponsabilidad actual. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia; 2016.

Civil, o necesariamente se necesitaba de una normatividad especial, por ser una de las parte el Estado.

La segunda corresponde al final de los absolutismo, donde se da cabida a las ideas liberales, permitiendo el surgimiento del principio de legalidad, que traerá consigo el desarrollo de la responsabilidad, la cual se materializa mediante el fallo Blanco proferido en Francia, en 1873 por el Tribunal de Conflictos francés, se consideró que el Estado sí era responsable por sus actos, posición que se basó principalmente en la noción de falla o falta del servicio público, cuando se evidenciaba una ausencia, una deficiente o una retardada prestación de las actividades a cargo del Estado, independientemente de que existiera o no norma legal, y sin tener en cuenta que se tratara de actos de gestión o de poder, lo que implicó un nuevo concepto de servicio público.<sup>26</sup>

Como se puede evidenciar en unos de los fragmentos citados del fallo, en la obra de Libardo Rodríguez:

*(...) “la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que el emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; (...) esa responsabilidad no es general ni absoluta; (...) ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.*<sup>27</sup>

Fallo que es considerado como pilar del derecho administrativo, en el sentido que reconoce la autonomía de la responsabilidad del Estado regida a través de una

---

<sup>26</sup> MOTTA CASTAÑO y AMAYA BARACALDO Op. Cit., p. 8.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 2005. p.459.

normatividad especial que debe ser aplicada por un juez administrativo, y no como un particular más.

Así mismo, el maestro Rivero haciendo referencia al fallo Blanco afirma:

*“La sentencia Blanco decide en este último sentido. Al afirmar el principio de competencia administrativa para todas las acciones de responsabilidad dirigidas contra el Estado, fundamenta esta competencia sobre la autonomía de la responsabilidad administrativa, la cual “no puede estar regida por los principios establecidos en el Código civil para las relaciones de particular a particular”, sino que obedece a “reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”<sup>28</sup>*

A partir de lo cual se ha venido presentando un avance en la consolidación de la Responsabilidad del Estado, en cuanto a que se debe responder por todos los perjuicios que se causen a los miembros de la sociedad, quienes no están llamados a soportarlos, de conformidad a las cargas públicas.

### **2.3 Origen y Desarrollo de la Responsabilidad Estatal en Colombia**

La responsabilidad del Estado, en nuestro país, es una institución de creación eminentemente jurisprudencial y fue implementada por esta ya que no existía norma expresa que determinara la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en ejercicio de funciones públicas a los particulares.

Así mismo, partiendo de los supuestos anteriores se señala en la sentencia C - 644 de 2011, por la honorable Corte constitucional, que “hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico

---

<sup>28</sup> RIVERO, Jean. Derecho administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Instituto de derecho público, 1984. Pág 296.

colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado”<sup>29</sup>

Por lo que se optó por los preceptos de responsabilidad civil y se aplicó de preferencia sobre los funcionarios o agentes estatales, mas no con respecto al ente abstracto que hoy llamamos Estado.

Dentro de este marco la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado. Llama la atención el aporte de la Corte Suprema de Justicia, el cual inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos.

Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, en este sentido la sentencia de junio 30 de 1962, la Sala de Casación Civil, realizó un estudio del problema en los siguientes términos:

*“Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídicas la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil”<sup>30</sup>*

---

<sup>29</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C 644 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>30</sup>COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 30 de 1962. Citado por: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia octubre 28 de 1976. CP Dr. Jorge Valencia Arango

En este sentido se presume la culpa de la persona jurídica en el sentido, que sobre esta recae la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente.

Pero esta concepción va tener sus falencias e inconformidades, en cuanto a que no todos los funcionarios eran elegidos por los mismo órganos públicos, ya que algunos eran de elección popular, como el caso en concreto de los constituyentes originarios, no existía, claridad entre el estado y el funcionario, por lo que esta situación conlleva a que en sentencia del 21 de agosto de 1939, la Corte Suprema de Justicia, se alejara de la responsabilidad indirecta, esto es de la concepción de la *culpa in eligendo y la culpa in vigilando* y acogiera la tesis de la responsabilidad directa, a partir de la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, fundados en que si un funcionario actúa como tal, sus acciones, omisiones y culpas en que pueda incurrir se reputan como acciones, omisiones y culpas del Estado, es por ello, que la culpa del funcionario compromete a la persona moral, en razón a que la culpa de sus agentes es su propia culpa, como consecuencia de la producción de un hecho dañoso.

Aunado a la situación la maestra Olga Cecilia González refiere que “la culpa del derecho común, sostuvo la Corte en esta sentencia localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración”<sup>31</sup>

Con posterioridad se va sustituir la culpa individual del funcionario por la “falta de servicio”, fundado en que el Estado no es responsable por la culpa de su funcionario, sino por el simple hecho que exista una falla en la prestación de sus servicios

---

<sup>31</sup> GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, Responsabilidad extracontractual del estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho, Revista UIS Humanidades. Vol. 40, núm. 2. 2012, [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/3465>

públicos, teoría manifestado mediante el fallo del 21 de agosto de 1939 de la Corte Suprema de Justicia.

A este respecto, la culpa ya no radicaba en el agente sino en cabeza del Estado, pero esta teoría posteriormente sufrió modificaciones, en razón a que se aceptó la “**teoría organicista**” según la cual los agentes son depositarios de voluntad de las entidades del Estado, por lo que todo acto u omisión de este corresponde directamente a la entidad, por lo cual responde al tenor del artículo 2341.

Ahora bien frente a este postulado hay que manifestar que no todos los funcionarios tienen la calidad de depositarios de la voluntad de la persona jurídica, por lo que se genera una limitante a la responsabilidad directa, por lo que la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación de febrero de 1958 establece:

*(...) “Las personas jurídicas obran también mediante órganos, El órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; por ser un órgano propios y necesario para el cumplimiento de los fines (...) por ser parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la personas jurídica”.*<sup>32</sup>

Dentro de este marco se puede determinar que son responsables directos los agentes que son depositarios de la voluntad de la persona moral, mientras que los subalternos, quienes no comprometen jurídicamente a la persona jurídica son obtenibles de la responsabilidad indirecta.

Por lo anterior la Corte suprema de Justicia determino:

---

<sup>32</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia., sentencia del febrero de 1958, Sala de Casación Civil.

*Cuando la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus órganos, tenemos responsabilidad directa o por el hecho propio, en razón de los daños causados a terceros, y cuando los órganos se sirven de personas auxiliares, mediante una relación de subordinación que dé a la persona jurídica la calidad del patrón y al trabajador la calidad de dependiente, los daños que este cause a terceros en el cumplimiento de sus órdenes, generan responsabilidad indirecta o por hecho ajeno a la persona jurídica.*<sup>33</sup>

Es por lo que la jurisprudencia consideró que en los casos en que la actuación se desarrollaba a través de funcionarios de dirección la responsabilidad se catalogaba como directo o por hecho propio, mientras que cuando la acción era desplegada por alguien que no lo era se tenía como responsabilidad indirecta o por hecho ajeno.<sup>34</sup>

Por lo tanto, más adelante la Corte Suprema de Justicia unifica su jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad del Estado acogiendo la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contenciosa administrativa.

De conformidad a lo manifestado por la jurisprudencia del Consejo de Estado:  
*“Cuando los servicios prestados por la Nación o por cualquier otra entidad de Derecho Público fallan, dando por consiguiente lugar a la declaratoria de responsabilidad y condena al pago de los perjuicios, cuando quiera que no se prestan, se prestan deficientemente o al prestarlos se infiere un daño a una persona; en otras palabras: cuando el Estado rompe el equilibrio de las cargas públicas a que están sometidas las personas residentes en Colombia”*<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de febrero de 1958, Sala de Casación Civil.

<sup>34</sup> NADER ORFALE, Rachid Farid. Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *Advocatus*, Edición especial No. 15: 55 - 71, 2010. Universidad Libre Seccional Barranquilla.

<sup>35</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado. Sentencia del 15 de mayo de 1975, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Carlos Portocarrero Mutis.

## **2.4 Independencia del Derecho Privado y Consagración de la Responsabilidad en el Derecho Administrativo**

Es necesario recordar que el pilar de formación de esta nueva Rama del Derecho, se dio a partir de las concepciones francesas, por lo que vale la pena realizar un pequeño recuento de la evolución que ha tenido este derecho en su país de origen, por consiguiente, que para cumplir con este objetivo nos fundamentaremos en la obra de Derecho Administrativo General y Colombiano, del Ilustre Maestro Libardo Rodríguez R. quien además nos permite partir de unos antecedentes anteriores a la Revolución Francesa:

- A) **Época de la Monarquía.** Aun cuando en general todas las actividades de los órganos de la época estaban supeditadas a la concepción de soberanía del monarca, se puede evidenciar que existían algunas autoridades para los asuntos administrativos, es decir, lo que tenían que ver con las relaciones entre los particulares y órganos del Estado, hablando en términos actuales; Verbigracia la Corte de Monedas, las jurisdicciones para problemas de aguas y bosques, etc. Con la anotación que estos órganos en vez de atender los asuntos de la administración, velaban era por los intereses del Rey.
- B) **Época de la Revolución Francesa.** En esta etapa de transición fundada en la desconfianza de los ciudadanos hacia los parlamentos, vistos como las autoridades encargadas de administrar justicia, sentían cierto temor frente a que se fueran apoderar del trazado de las nuevas políticas fruto de la revolución.

Por otra parte, la teoría de la tridivisión de los poderes, comenzó a encontrar desequilibrios, en el sentido que estaría vulnerando el principio de mayor relevancia de la revolución, el principio de la legalidad, que en palabras comunes y abstractas consagraba que la administración debía ser sometida al ordenamiento jurídico, por ende, decidieron que las inconformidades de los particulares fueran presentadas

ante la misma administración, y que esta a su vez fuera la encargada de darles una solución.

En consecuencia, se creó el Consejo de Estado, que en principio tenía dos grandes funciones como lo señala el Maestro Libardo Rodríguez, citando la el Art 53 de la Constitución Francesa de 1799, “Redactar los proyectos de Ley y resolver las dificultades que se presentan en materia administrativa”<sup>36</sup>

Adviértase que en materia de solución de conflictos se presentaba el fenómeno denominado por la doctrina como “justicia retenida”, llamada así porque aunque la solución era dada por el Consejo, la decisión final la tomaba el jefe del ejecutivo.

Pero esto tuvo un cambio con la concepción de la justicia delegada, mediante la cual le correspondía al Consejo de Estado era quien debía tomar las decisión frente a los conflictos administrativos, por esta razón , y para ese mismo momento se creó lo que hoy conocemos como el Tribunal de Conflictos, y fue gracias a este Órgano que en 1873 se expidió el *fallo Blanco*, pronunciamiento que funda el pilar de la existencia en primer término del Derecho Administrativo, y nos brinda la posibilidad de comprender que la administración debe regirse por normas especiales diferentes a las que se rigen los particulares.

De ahí que se ha venido brindando al derecho administrativo y en especial a la responsabilidad del Estado, cada día una forma más clara y definida. Y que hoy es una realidad materializada en los países que acogieron este sistema especialmente en nuestro ordenamiento Colombiano.

**C) Evolución de este derecho en Colombia.** El desarrollo en nuestro país se ha presentado de manera similar al francés, sin embargo hay que señalar

---

<sup>36</sup> RODRÍGEZ R. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimoséptima edición, Temis, Bogotá, 2011, pg.28.

algunos aspectos que crean una diferencia, que en nuestro ordenamiento se creó como una jurisdicción especializada, que hace parte de la rama judicial, con autonomía no supeditada a la administración, y aunque también se inició con pronunciamientos jurisprudenciales esta ha presentado además ya un desarrollo legislativo.

Debemos comprender, que como en nuestro territorio existe el derecho administrativo como una rama autónoma, la administración está sometida tanto al régimen de derecho administrativo y a la jurisdicción contenciosa administrativa cuando su forma de actuar es diferente a la que ejecutan los particulares.

Debido a la confusión generada en cuanto a las diversas teorías que asumían la responsabilidad del Estado desde un ámbito netamente privado, comenzó a surgir la necesidad de someter a las entidades estatales a una normatividad especial.

Es por ello que a partir de la expedición de la Ley 167 de 1941<sup>37</sup>, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas y que estaba en cabeza de la jurisdicción ordinaria.

En relación con estas implicaciones el Consejo de Estado manifestó:

*Estima el Consejo de Estado que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el Derecho Civil, dadas las materias que regulan ambos derechos,*

---

<sup>37</sup> COLOMBIA, Congreso de Colombia. Ley 167 de 1941. Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa, Diario Oficial No. 24.853, de 7 de enero de 1942.

*los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto el Derecho Civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos y las personas que se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio el Derecho Administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines.*<sup>38</sup>

En virtud del Decreto 528 de 1964, por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones, el cual consagra la competencia en la definición de las controversias sobre responsabilidad del Estado en lo referente a todas las actuaciones que lleve a su ejecución. Fundando su análisis esencialmente en un juicio de valor sobre la actuación de la administración, bajo la teoría de la falta o falla de servicio, frente a lo cual el Consejo de Estado ha manifestado que se requiere:

- a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;*
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;*
- c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales*

---

<sup>38</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 30 de septiembre de 1960, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Francisco Eladio Gómez.

*predicadas en el Derecho Privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.;*

*d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.<sup>39</sup>*

Al mismo tiempo se entró en consideración que las actividades desarrolladas por el Estado eran sumamente diferentes de las que ejecutaban los particulares, las cuales desembocaban en la satisfacción del interés común, lo que determina que la aplicación de esta responsabilidad debía ser sometida al Derecho Público, bajo la aplicabilidad de la Jurisdicción del contencioso administrativo.

## **2.5 Fundamentos Constitucionales de la Responsabilidad Estatal**

Antes de entrar en consideración de nuestra Constitución Política actual es importante mencionar que con anterioridad a esta, la jurisprudencia del “Consejo de Estado encontraba el fundamento de dicha responsabilidad en distintas disposiciones de la Constitución de 1886, tales como los 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”<sup>40</sup>

Fue a instancias del constituyente de 1991 que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política

---

<sup>39</sup>COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de octubre de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Jorge Valencia Arango.

<sup>40</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencias de 29 de julio de 1947, Corte Constitucional, Sentencia C - 038 de 2006, Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto.

la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual. <sup>41</sup>

Por lo tanto, Constitucionalmente el régimen de responsabilidad estatal en nuestro país requiere el estudio de los siguientes artículos:

- Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia el cual consagra:

*“Los particulares sólo 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”<sup>42</sup>*

Este artículo se encuentra dentro del título primero de nuestra Carta Política, donde se consagran los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, en el mencionado artículo se consagra responsabilidad de los servidores públicos por la infracción de la Constitución y las leyes y por la omisión o extralimitación de sus funciones, es decir, amplía el concepto de responsabilidad para los servidores públicos pues estos además de responder por las conductas humanas que desplieguen y produzcan consecuencias antijurídicas, también responden por la omisión o extralimitación de sus funciones en ejercicio de su deber.

- Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual consagra:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”<sup>43</sup>*

---

<sup>41</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 7 de julio de 2011. Radicación N° 1970. Consejero Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

<sup>42</sup> Colombia, Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis.2008. Art. 6.

<sup>43</sup> *Ibíd.* Art. 90.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En este artículo se consagra la responsabilidad extracontractual del Estado, es decir, aquel tipo de responsabilidad que surge no de una obligación contraída de mutuo acuerdo (contrato), sino aquella derivada de un acto de alguno de los poderes del Estado, o la derivada por algún comportamiento humano de alguno de los agentes estatales.

Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.<sup>44</sup>

Si bien es cierto que cada tipo de responsabilidad posee unos elementos particulares para que pueda configurarse la responsabilidad administrativa, encontramos la presencia de unos elementos comunes entre los tipos de responsabilidad, el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate

---

<sup>44</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 333de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero.

(de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó: `

*(...). La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. "La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares. "Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo..." Así mismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha asumido la anterior posición en reiteradas ocasiones.<sup>45</sup>*

De conformidad a la idea expuesta el daño antijurídico consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

De manera tal que:

*"la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la*

---

<sup>45</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Fallo 19707 de 2011, Consejera ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz

*cual se reputa indemnizable*<sup>46</sup>, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la “calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa”<sup>47</sup>

El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 constitucional es:

*(...) la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuridicidad 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; vale decir, la imputatio juris además de la imputatio facti.*<sup>48</sup>

En el presente trabajo, se toman como referencias las normas elaboradas por la asamblea nacional constituyente, las cuales poseen un alto grado de legitimidad, puesto que son derivadas de la soberanía popular, representada en el poder constituyente, de ahí surge la inquietud de que si por el grado de legitimidad que tienen dichas normas puesto que son elaboradas por un poder soberano (el poder constituyente representando al poder constituido), se encuentran los asociados

---

<sup>46</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>47</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>48</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia 1998-00612 de 2013, Consejero ponente, Enrique Gil Botero.

obligados a soportar cualquier carga que se derive de la ejecución de dichas normas.

Muy a pesar de este inmenso avance en el desarrollo de la institución de responsabilidad estatal, se volvió a los caminos de negación o inmunidad del Estado, en el sentido de que no existe hasta el día de hoy un pronunciamiento de responsabilidad por actos del constituyente, con la justificación reinante dentro de las monarquías absolutas, que obedece a la teoría de la soberanía, como constituyente el cual no puede ser juzgado por el poder constituido que no atiende al principio de competencia, es allí donde encontramos escasos pronunciamientos y grandes vacíos frente a la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado derivado de los daños Antijurídico.

## **CAPITULO TERCERO**

### **3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL**

Se pretende con este capítulo señalar algunas precisiones concretas sobre el estudio de los tres elementos que fundan la existencia de la responsabilidad como obligación de reparar un daño que se ha ocasionado. Si bien es cierto que cada tipo de responsabilidad posee unos elementos particulares para que esta pueda configurarse, encontramos la presencia de unos elementos comunes entre los regímenes; el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño, en segundo lugar, el elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico y tercero que exista una relación de causalidad.

Ahora veamos cada uno de estos tres elementos.

#### **3.1 DAÑO**

El daño entendido como uno de los requisitos esenciales para el estudio de la responsabilidad del Estado. En virtud, que en toda sociedad se tiene como premisa que ante la ocasión de un daño se tiene como principio la reparación del mismo, que a su vez es lo que garantiza un orden social y se evita la posibilidad de que cualquier persona o autoridad ande por la vida causando daños de forma indefinida, sin que esto tenga sus respectivas consecuencias, en el entendido que en toda sociedad por el hecho de relacionarnos los unos con los otros existe el peligro inminente e irremediable advenimiento de daños.

De esta circunstancia nace la regla de que: el daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad, pero su existencia es independiente de que haya o no un responsable que deba repararlo.<sup>49</sup>

Por ello, desde hace algunas décadas, la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia ha venido afirmando que:

*“dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”<sup>50</sup>*

Es allí, donde se puede determinar que el daño es la causa de la reparación, por ende sería inútil estudiar en primera media el hecho generador y el nexo de causalidad, en vista de que si una persona no ha sufrido ningún daño es inoficioso iniciar un estudio de responsabilidad, en virtud de que no debe ser favorecida como consecuencia de una condena dirigida en primer orden hacia el autor del daño y no hacia la víctima, como debería establecerse. Para simplificar, vale la pena reiterar el pensamiento del Maestro Hinestroza, citado con una claridad por el ilustre doctor Juan Carlos Henao, en lo referido:

*El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se*

---

<sup>49</sup> HENAO, Juan Carlos, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Universidad del Externado, Bogotá, 2007, pg. 30.

<sup>50</sup> Sentencia de Casación Civil de 4 de abril de 1968, Citada por: Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez.

*puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultara necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada.*<sup>51</sup>

Tras esta situación, es necesario abordar lo que se entiende por daño, teniendo claro que de este existen tantas definiciones como de su antigüedad se puedan imaginar, pero sin lugar a dudas nos hemos casado con la definición que de este refiere el maestro Juan Carlos Henao, “daño es la aminoración patrimonial sufrida por la Víctima”<sup>52</sup>

Y llegamos a otro punto, que es determinar si el concepto anteriormente señalado presenta alguna distinción o si es lo mismo que el concepto de perjuicio; para nuestro consejo de Estado dichos concepto son equivalentes, tal y como lo podemos observar en lo mencionado en la sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) “En el presente asunto, para la Sala está debidamente **acreditado el daño antijurídico, consistente en la incapacidad relativa permanente que sufrió el joven WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ**, como consecuencia de la explosión”<sup>53</sup>(...). (Negrilla fuera de texto).

Frente a esto los hermanos Mazeud, expresaron que los Romanos “trataron tímidamente de sustituir la noción de *damnum* por la de perjuicio: comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario;

---

<sup>51</sup> HINESTROSA, Fernando. Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa. Citado por HENAO. Op. Cit., p. 36.

<sup>52</sup>HENAO. Op. Cit., pg. 84.

<sup>53</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Radicado, 2002 03487 01, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

por esos decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación”<sup>54</sup>

Al respecto conviene decir, que podemos llegar a entender el daño como la lesión producto de un hecho y como perjuicio el menoscabo patrimonial que resulta del daño sobre la víctima, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño.<sup>55</sup>

### 3.1.1 Condiciones de Existencia.

Ahora veamos los elementos que son necesario para que este exista; para que el daño pueda determinarse es necesario no solamente la creación de este, sino además, como bien lo señala la Honorable Corte suprema de Justicia en sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011), “toda obligación de restituir, reparar o indemnizar la lesión de un derecho, interés o valor tutelado por el ordenamiento jurídico, rectius, responsabilidad civil, **presupone ab initio un daño cierto, actual o futuro al sujeto, en su persona, integridad física o síquica, vida de relación, condiciones de existencia o patrimonio**”. (Negrilla fuera de texto).

Es prudente advertir, que se tiende a excluir de forma general una de las características que también ha sido señalada por la doctrina, y es la que el daño debe ser directo, se ha excluido por nuestras cortes por que esta se ha entendió que hace referencia a la relación entre daño y quien lo ha causado, por lo que esto obedece más al tema de imputación.

---

<sup>54</sup> Mazeud y Tunc. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, citado por HENAO. Op. Cit., p. 77.

<sup>55</sup> HENAO, Op. Cit., pg. 84.

Sin embargo, también a menudo se toma la iniciativa de estudiar esta característica, desde aquí, desde otro punto de vista, y este obedece a la relación entre el perjuicio que ha manifestado haber sufrido la víctima, el cual debe provenir del daño causado.

Tras esta situación, abordaremos que para que el perjuicio pueda calificarse como tal debe ser personal y cierto, por lo que pasaremos a estudiarlas.

- **Carácter Personal**

Que el daño sea personal implica que sólo su víctima está legitimada para la reclamación de un interés lesionado, es decir, debe ser el titular legítimo para reclamar la indemnización por el daño causado.

Por consiguiente, la ilustración del carácter personal del daño estará marcada por la forma en que se conciba quien está legitimado, cómo y con qué objetivo, para obtener una indemnización, en primera medida como se pensó la legitimidad dentro de los procesos de responsabilidad estuvo enfocada a las personas naturales individualmente consideradas<sup>56</sup>, sin embargo se permitió que no solamente la que recibía el daño de manera directa está legitimada para reclamar sus perjuicios, si no aquella que también a resultada lesionada, mediante otra especie de vínculos, como por ejemplo los herederos, etc., en este sentido se puede determinar la existencia de dos tipos de víctima.

**Víctima Directa:** No hay duda respecto a la víctima directa del daño, procede su reconocimiento.

---

<sup>56</sup> Cfr. *Ibidem*. Pg. 108

**Víctima Indirecta:** Además de que sea claro que también ha sido afectado por el daño, es necesario que se demuestre el parentesco o vínculo de afecto con la víctima directa.

- **Carácter Cierto**

Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende 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. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado, ocurrió, o futuro a suceder. En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo<sup>57</sup>.

Así mismo, el maestro Juan Carlos Henao señala, “para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio”<sup>58</sup>

Los pronunciamientos de nuestra Cortes son claras en establecer que este puede considerarse como cierto siempre y cuando las reglas de la experiencia y de la probabilidad indiquen que este habrá de producirse. Esta certeza por supuesto no es absoluta pues sobre el futuro no puede predicarse una certeza absoluta. Lo importante es que existan los suficientes elementos de juicio que permitan establecer que el daño muy seguramente se producirá<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Concepto número 80112 EE15354, Iván Darío Gómez Lee.

<sup>58</sup> HENAO, Op. Cit., p. 131.

<sup>59</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Op. Cit., p. 3.

### 3.2 CLASES DE DAÑO

Durante mucho tiempo se consideró que para el derecho civil el único daño importante y, por ello, objeto de protección, era el patrimonial; creencia que se apoyó, tal vez, en la interpretación de la fórmula del jurisconsulto Paulo (siglo III), según la cual “el daño y la condena se predicen tanto de la privación como de la disminución del patrimonio”<sup>60</sup>

Sin embargo, bajo el poder de Alfonso X el Sabio, en las Siete Partidas redactadas en Castilla, quedó definido el daño como ‘el empeoramiento o menoscabo que home recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro’.<sup>61</sup> Dando pie no solamente a la reparación de un daño patrimonial, sino también extrapatrimonial.

Nuestra jurisprudencia, por su parte, desde 1922 reconoció que “tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente”<sup>62</sup>. Con sustento en esas consideraciones, la Corte revocó una sentencia que había negado las pretensiones por no hallar probado que el actor sufriera menoscabo en su patrimonio por el hecho de la extracción de los restos de su finada esposa de la tumba en que fue sepultada; y, en su lugar, concluyó que al demandante, “por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil (...)”.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Digesto, Libro XXXIX, título II, Ley 3ª

<sup>61</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez. Pg. 21.

<sup>62</sup> *Ibidem*. p.21.

<sup>63</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de julio de 1922. Magistrado Ponente, Dr. Tancredo Nannetti.

Es así como en la actualidad podemos mencionar, las siguientes clases de daños:

### **3.2.1 Daños Patrimoniales**

Los tipos de daño más caracterizados son el “daño emergente” y el “lucro cesante”, en este sentido el artículo 1613 del Código Civil, consagra “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.<sup>64</sup>

- **Daño Emergente:**

Como la manifiesta el maestro Bustamante Alsina el daño emergente es un en “un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales”<sup>65</sup>, es decir comprende toda disminución inmediata del patrimonio, como objeto del daño ocasionado.

- **Lucro Cesante**

Se concreta en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia, provecho o beneficio de tipo económico, que ya devengaba o que habría obtenido según el curso normal u ordinario de los acontecimientos.<sup>66</sup>

### **3.2.2 Daños Extrapatrimoniales**

La dignidad de la persona humana ha sido el fundamento para el reconocimiento de derechos que trascienden más allá de lo puramente material. Es así como el derecho siempre ha reconocido un grupo de bienes de la persona que caen dentro

---

<sup>64</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 57. (24, diciembre, 1987), por la cual se expide el Código Civil, Art. 1613.

<sup>65</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, Novena Edición, 1997. Pág. 170.

<sup>66</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), Referencia 2002-01011-01, Magistrado Ponente, Arturo Solarte Rodríguez, Pg. 21.

de la esfera de su intimidad y cuya protección y tutela ha sido objeto de especial atención por parte de jueces, legisladores y constituyentes. El derecho al buen nombre, a la honra y a la fama, derecho a la libertad de expresión, son ejemplos de derechos inalienables de la persona que gozan de protección del Derecho.

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo **(daño moral)**; que se puede entender como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por la agresión directa de bienes materiales o bien al acervo extrapatrimonial o de la personalidad<sup>67</sup>, ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., **(daño a la vida de relación)**; o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.<sup>68</sup>

### **3.3 Daño Antijurídico**

Este concepto se lo debemos a la doctrina española y especialmente al maestro Eduardo García de Enterría quien ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Concepción que se convirtió en la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema:

---

<sup>67</sup> SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Tomo I. 7ª ed. Editorial Montecarlo S.A Madrid, 1993.

<sup>68</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez, Pg. 34.

"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo"<sup>69</sup> (subrayas no originales)

Así mismo, la honorable Corte constitucional en sentencia C 430 de 2000, ha referido:

*En la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del*

---

<sup>69</sup>RAMÍREZ OCAMPO, Agosto. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, pp 7 y 8. Citado por la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 430 de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.

*ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga. Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio.<sup>70</sup>*

Así las cosas, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad, y esto lo debe determinar teniendo en cuenta si se ha violentado el equilibrio de las cargas públicas.

### **3.4 La Imputabilidad de Responsabilidad por Daños Causados**

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder<sup>71</sup>, al respecto conviene decir, que es necesario analizar la imputación en dos formas, una atinente al ámbito fáctico, es decir, la relación de causa a efecto que hay entre el daño y la acción u omisión de la autoridad pública y por otro lado la imputación jurídica, ésta última se determina la atribución conforme a un deber jurídico que a su vez obedece a cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

En este sentido, se ha manifestado el Consejo de Estado al afirmar:

“(…) la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y

---

<sup>70</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C - 430 de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell

<sup>71</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011), Rad. 1998-03400-01, Consejero Ponente, Dr. Hernán Andrade Rincón

tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuridicidad 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; vale decir, *la imputatio juris* además de la *imputatio facti*.<sup>72</sup>

Por consiguiente, la imputación hace referencia a la posibilidad de que la indemnización del daño antijurídico se pueda llegar a tribuir al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica correspondiente.

### **3.5 Nexo de Causalidad**

Es aquel elemento que nos permite imputar el daño antijurídico causado, ya sea por acción u omisión, aun agente que es el responsable de la conducta, esto es, que el daño se produjo como consecuencia de una conducta desarrollada por la autoridad pública que conllevo a la producción de un daño.

Así mismo, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

*“Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexa o vínculo de causalidad, es el elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión”<sup>73</sup>*

---

<sup>72</sup>COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia 1998-00612 de 2013, Consejero ponente, Dr. Enrique Gil Botero

<sup>73</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 10297 de 2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez, Pg. 10.

Aunado a lo anterior el Consejo de Estado ha afirmado:

*(...) “el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relevante y eficiente”.<sup>74</sup>*

En consecuencia, la teoría que hoy tiene aplicabilidad es la de la causalidad adecuada, que determina que el daño debe ser causado, pero además de ello este debe ser relevante en la producción del perjuicio.

Conforme a las consideraciones precedentes de este capítulo podemos concluir lo siguiente:

Que el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado, los podemos sintetizar, en la existencia de un daño, un hecho generador, imputación tanto fáctica como jurídica, y que exista una relación de causalidad.

Que la existencia de la noción del daño obedece, a que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar todo perjuicio que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, no solamente del que se fundamenta en la ilicitud, sino que además siendo lícita la actuación ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo por la víctima.

---

<sup>74</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia con fecha del veinticinco (25) de julio de dos mil dos (2002), Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez

## CAPITULO CUARTO

### 4. FUNDAMENTOS DEL PODER CONSTITUYENTE

#### 4.1 CONCEPTO PODER CONSTITUYENTE.

Uno de los conceptos centrales en el desarrollo del presente trabajo de investigación es el de “Poder Constituyente”, esta noción tiene diversidad en sus acepciones, así mismo se originan en él, múltiples conceptos.

Carl Schmitt, verbigracia, hace referencia a que:

*(...) “Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia de la unidad política como todo” (...).<sup>75</sup>*

Alrededor de este concepto surge la idea de que el Poder Constituyente es la potestad única e indelegable por medio de la cual el soberano organiza el Estado y promulga su Carta Política. Ahora bien, con el objeto de clarificar el concepto expuesto, se ha considerado pertinente dilucidar quién es el soberano. Para tal efecto, partiremos de dos supuestos, el primero donde el soberano es el pueblo y el segundo, donde la soberanía reside en la nación.

Para desarrollar la idea planteada en el párrafo anterior, se hace necesario que se definan los conceptos sobre los cuales se está trabajando, el primero hace referencia al término “*pueblo*”, que se entiende como una (...) “*Multitud de individuos vinculados coerciblemente por un orden estable de vida*”<sup>76</sup> (...), es decir, es el componente humano del Estado.

De igual manera se debe hacer énfasis en el segundo supuesto, para el que se dice que la nación es (...) “*un querer colectivo fundado sobre realidades y hechos sociales de carácter permanente que la califican y personalizan, dándole*

---

<sup>75</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. México. Editorial Fontana. pp. 86-87.

<sup>76</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Bogotá. Editorial Temis, pp. 53.

*continuidad y dimensión en la historia*<sup>77</sup> (...), es decir, el pueblo con plena conciencia de su unidad, pero en función política y entendida como un cuerpo orgánico.

Partimos de lo anterior para concluir que por soberanía popular, se entiende que es el derecho con el que cuenta el componente humano del Estado, para decidir sobre la organización estatal de su existencia política, mientras que la soberanía nacional, es el derecho con el que cuenta el pueblo en ejercicio de su función política de decidir sobre su organización, a diferencia del primer tipo de soberanía que se basa en un concepto inorgánico que no es más que una entelequia jurídica, la segunda se fundamenta en una institución orgánica.

Lo anterior nos lleva a concluir que el Poder Constituyente es aquel mediante el cual el pueblo, como máxima autoridad dentro del Estado construye la norma fundamental del mismo.

#### **4.2 Características del Poder Constituyente.**

Sobre las características básicas de este, expresó Sábica que:

*(...) “Sin olvidar que el poder constituyente es permanente, no se agota en el acto constituyente, no aparece al fundar el Estado, al darle constitución y continuidad. Porque es un poder inherente a su titular, de su esencia, intransferible, inalienable y soberano”*<sup>78</sup>(...)

Teniendo en cuenta la misma clasificación de las características propuestas por el profesor Sábica<sup>79</sup>, debemos tener en cuenta que el poder constituyente:

- a) Es un poder no recibido, esto es no depende ni se deriva de otro, es decir, es un poder que nace de sí mismo.
- b) Es un poder fáctico, en otras palabras el poder constituyente es en sí mismo un hecho.

---

<sup>77</sup> Ibid. p. 121.

<sup>78</sup> Ibid. p. 68.

<sup>79</sup> Ibid. p. 69.

- c) Es pre jurídico, lo que hace referencia a que es previo al ordenamiento jurídico, pues es mediante el poder constituyente es que se crea la norma jurídica fundamental que rige el Estado.
- d) Justifica política e históricamente su decisión, al ser un poder autónomo y soberano no requiere legitimidad alguna, pues se legitima en sí mismo.
- e) El Poder Constituyente determina arbitrariamente el Estado que le convenga, esto es, crea libremente el Estado que responda a los intereses del constituyente.

Así las cosas podemos deducir que el poder constituyente independientemente del titular, es un poder autónomo y absolutista.

#### **4.3 Titularidad y Ejercicio del Poder Constituyente.**

Dado lo anterior se requiere identificar al titular de este poder, el cual puede entenderse, reside en el pueblo o en la nación, dilema este, que se haya resuelto en sí mismo si tenemos en cuenta que son definiciones que se encuentran relacionadas entre sí.

Por otro lado se ha estimado realizar una división entre las posiciones que en la doctrina intentan – desde diversas ideologías – explicar el sentido y la génesis del concepto, tal y como lo hizo Eduardo Jiménez<sup>80</sup>.

a) Concepto Racional Ideal, Según la doctrina que en modo brillante expuso Emmanuel Sieyés (1748-1836), el hombre es libre antes y por encima del Estado. De allí deriva por inferencia que la nación también lo es, al estar compuesta de seres humanos, y si ambos son libres, pues será el rol fundamental del Estado, el de proteger esos espacios de libertad, evitando las posibles obstrucciones a su ejercicio.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> JIMENEZ, Eduardo. Derecho Constitucional Argentino. Tomo I, Sociedad Anónima Editores, pp 126.

<sup>81</sup> Ibid. p. 127.

b) Concepto fundacional-revolucionario, *Maurice Hauriou, principal sostenedor de esta postura, parte de la conceptualización de una “superlegalidad constitucional” que incluye todos los principios fundamentales del régimen. Desde una filiación iusnaturalista, pretende superar los contenidos “positivistas” del concepto “supremacía de la constitución”.*

El Poder Constituyente, basado en esta tipología hace referencia a la fuerza capaz de adoptar decisiones encaminadas a regular la función política de un pueblo

En esta tipología encontramos que el autor relaciona el concepto de poder constituyente a la Nación, pues aduce que las facultades dadas por el poder constituyente, las ejercen los representantes en nombre de la Nación y que solo en tiempos de anormalidad es cuando surge el denominado *Poder Constituyente Revolucionario*, como la potestad que tiene el pueblo de rebelarse frente a los excesos del Estado.

c) Concepto existencial-decisionista, al respecto de este concepto, el profesor Jimenez, expresa lo siguiente:

*“Herman Heller actúa en el campo liso y llano del “ser”, y es éste el criterio que sustenta Carl Schmitt, quien entiende que lo político y el momento de la decisión implican la circunstancia política en que anida todo derecho’.*

Frente a esta clasificación es posible determinar que el mismo se refiere, entre otras cosas a que el poder constituyente es una **Voluntad Política**, y que la misma debe estar aislada de los valores, pues debe ser neutral ya que de ella depende el modo y la forma de la existencia política del Estado.

d) Concepto materialista, este concepto hace especial mención de los factores de poder que integran una determinada realidad social, posee su fundamento ideológico en el marxismo, del cual se infiere que las normas constitucionales, aun siendo escritas, pierden relevancia cuando no se refieren a los valores efectivos de poder.

e) Concepto dialéctico-plenario, (...) *“Para HELLERES Poder Constituyente la voluntad política cuya poder y autoridad esté en condiciones de determinar la existencia de la unidad política del todo, pero sin normación, la masa humana no tiene ni una voluntad capaz de decisión, ni un poder capaz de acción y mucho menos autoridad”*<sup>82</sup>(...)

Así las cosas, Jiménez explica que el elemento normativo del poder constituyente no puede separarse de la autoridad, de ahí que se encuentren íntimamente relacionados estos dos elementos y que se requieran para coexistir.

#### **4.4 Poder Constituyente Originario y Derivado.**

El concepto de poder constituyente, posee dos variantes básicas, que son las de poder constituyente originario y derivado, Carlos Luque<sup>83</sup> reseña que:

*“el Poder Constituyente puede ser originario y derivado, esta es, por ejemplo tipología de Bidart Campos. El Poder Constituyente es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del estado, para darle nacimiento y estructura; a su vez el Poder Constituyente es derivado cuando se ejerce para reformar la constitución”*

En líneas siguientes se procederán a resumir los aspectos fundamentales de la clasificación interna que se da alrededor del poder constituyente, esto es, originario y derivado. Al respecto es clave enunciar que la titularidad del poder constituyente originario recae sobre el soberano, pues es la nación o el mismo pueblo, los que se encargan de producir la norma jurídica que regirá la existencia del Estado, por el

---

<sup>82</sup> Ibid pp 129

<sup>83</sup> LUQUE, Carlos Daniel. Ensayo sobre el Poder Constituyente, [en línea] [Consultado el 10 de junio de 2017.], disponible en: Pág. 4. Tomado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1361/1581>.

contrario cuando nos referimos al poder constituyente derivado observamos que este recae en el encargado de reformar la Constitución.

De conformidad con la honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C - 141 de 2010, el poder constituyente se clasifica en:

*El poder constituyente originario, el cual tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional.*

*Poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles.<sup>84</sup>*

Por otro lado, el Dr. Humberto Nogueira Alcalá define el poder constituyente originario como:

*(...) “El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que éste vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, o de una decisión pacífica del cuerpo político*

---

<sup>84</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-141/2010, Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto.

*de la sociedad, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental*<sup>85</sup>(...)

Tomando como referencia la definición propuesta, observamos claramente que dentro del Poder Constituyente Originario resalta la autonomía con la que este desarrolla su actuación, pues al ser soberano, recae sobre él la potestad de organizar y reorganizar lo dispuesto para la organización del Estado. Así mismo es importante tener en cuenta que si bien es cierto que dicho poder opera como un poder extra-jurídico, no es absoluto, pues tanto la jurisprudencia como la doctrina han dispuesto que se configuran distintos límites con respecto a él.

Posteriormente procederemos a desarrollar lo que se ha denominado Poder Constituyente Derivado, concepto este que es importante a lo largo de nuestro Trabajo de Grado, y del cual se resaltarán ciertas consideraciones. Sobre este concepto, el Dr. Humberto Nogueira Alcalá, expuso lo siguiente:

*(...) “El poder constituyente derivado, o de reforma constitucional, es un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, que tiene limitaciones formales y materiales.”*<sup>86</sup>(...)

Sobre la definición antes expuesta, debemos hacer énfasis en que es un poder derivado de la Constitución misma, por lo que además de los límites formales y materiales que pudiesen configurarse en su ejercicio, posee los que la misma Constitución le imponga, pues a pesar de ser un poder de reforma, no puede erigirse como un poder de sustitución, facultad de la que no se encuentra investido y que además necesitaría legitimación del cuerpo político soberano.

---

<sup>85</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto. CONSIDERACIONES SOBRE PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL. *Ius et Praxis* [online]. 2009, vol.15, n.1 [citado 2017-10-30], p.229-262. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100007&lng=es&nrm=is o](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100007&lng=es&nrm=is o)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>.

<sup>86</sup> *Ibid.* p. 232.

Sobre el particular, Gustavo Zagrebelsky precisó:

*(...) "el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos" <sup>87</sup>(...)*

#### **4.5 Poder Constituyente y Poder Constituido.**

Además de la clasificación señalada entre poder constituyente originario y derivado, comúnmente se dispone de otra clasificación, y es la existente entre poder constituyente y poder constituido.

Siguiendo la línea que se ha venido trabajando, se estima pertinente citar a Pedro de Vega, quien dispone que

*"si el pueblo, en cuanto soberano, decide establecer la Constitución, es porque renuncia por ello a ejercer las atribuciones que se confieren a los poderes constituidos" <sup>88</sup>*

Esta referencia es importante si tenemos en cuenta lo que se ha venido exponiendo con respecto a que el poder constituyente es soberano y es el que tiene la potestad de disponer la norma constitucional que regirá al Estado, mientras que los poderes constituidos cuentan con potestades previstas en la Constitución.

Humberto Quiroga Lavié, hace referencia a la existencia de un orden constituyente y de un orden constitucional, para explicar los conceptos de poder constituyente y constituido:

---

<sup>87</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. "La Constitución y sus normas", cita nota 14, p. 73.

<sup>88</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. pp. 24 y ss.

*(...) "existen un orden constituyente y un orden constitucional, el primero es lo que la mayoría de los autores llaman Poder Constituyente"<sup>89</sup>(...)*

Para el autor precitado, es claro que el poder constituyente es de donde se origina la actividad constitucional y cuyo fundamento se encuentra en la potestad misma que tiene el soberano de producir la norma que regulará la función política estatal.

Posteriormente, matiza que:

*"una vez creado el orden constitucional funciona por un proceso dinámico de aplicación - creación cumplido según corresponda a cada poder constituido: el legislador aplica la constitución y crea la ley, el administrador aplica la ley y crea el reglamento, el juez aplica la ley y el reglamento y crea la sentencia"<sup>90</sup>*

En relación a lo anterior observamos que el orden constitucional es lo que se denominan poder constituidos, los cuales aplican lo dispuesto por el orden constituyente o poder constituyente.

---

<sup>89</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto; Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 39.

<sup>90</sup> Ibid. p. 38

## CAPITULO QUINTO

### 5. PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL

En el desarrollo del presente capítulo, se abocara en primera medida la posición que tiene la doctrina frente a la Responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente, para continuar con la posición adoptada tanto por el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional.

#### 5.1 Pronunciamiento Doctrinal

Dentro del marco de nuestro tema de investigación, la Doctrina ha tomado dos posturas, la primera de ellas sostiene que el Constituyente no puede ser sometido al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.

Comencemos por evocar a Hoyos Duque quien sostiene que el poder constituyente que tiene la Nación no puede ser contenido, es propio y primario<sup>91</sup>, y “no conoce límites por ser político y meta jurídico. Este sí, verdadero poder omnipotente y primigenio que pertenece exclusivamente a la Nación”<sup>92</sup>, al mismo tiempo afirma el sentido de irresponsabilidad fundado en la teoría de la soberanía, y el principio de competencia, factores evidentemente notables en nuestro país, donde se establece que los actos realizados por el constituyente debían imputarse al pueblo, por ende, se crea la inexistencia de una autoridad judicial, para enjuiciar lo realizado por una Asamblea Nacional Constituyente.

---

<sup>91</sup> BERNAL RICO, Lizardo, Responsabilidad por el hecho del constituyente, entre el daño antijurídico, los derechos Fundamentales, y la irresponsabilidad actual, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2016. p. 35.

<sup>92</sup> HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 34.

Enfatizando que no se aplicaría la responsabilidad al constituyente bajo la teoría de la soberanía, se nos permite mencionar que sería frente al poder constituyente originario y no frente al derivado o constituido, por lo anterior se explica de forma clara mediante la precisa cita que hace el doctor Bernal Rico<sup>93</sup> en su obra del maestro Colautti, quien sostiene lo siguiente:

*En el período histórico que comienza a partir de las revoluciones, francesa y norteamericana, las construcciones acerca de la irresponsabilidad del Estado se han basado en la teoría de la soberanía. Ella en su corriente dogmática parte del principio de que dado que el Estado representa al derecho organizado no puede aparecer como violador de ese mismo derecho. El razonamiento, no obstante, constituye un sofisma. Desde que en los albores de la Revolución francesa, Rousseau y Sieyès estructuraron la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, se reconoce que éstos en el ordenamiento interno no son soberanos. La teoría podría, por tanto, explicar exclusivamente la irresponsabilidad del poder constituyente originario, pero no la de los poderes constituidos.<sup>94</sup>*

De ahí que, la teoría de la soberanía pueda tener más fundamento frente al poder constituyente originario, el cual es objeto de estudio, en cuanto es el creador del ordenamiento jurídico, que no puede llegar a tener una autoridad quien lo enjuicie, este argumento se ve un poco forzado frente al poder constituyente derivado, debido a que este si llegaría asumir la responsabilidad frente a algunos casos en concreto, verbigracia frente la reformar de la constitución, debido además a que este ha sido limitado en sus funciones por el poder originario.

---

<sup>93</sup> BERNAL RICO, Op Cit., p. 37.

<sup>94</sup> COLAUTTI, Op Cit., p. 146 y 147.

## 5.2 Posición asumida por el Consejo de Estado y Corte Constitucional

Ha llegado el momento de demostrar que todos los pronunciamientos de estas dos altas Cortes se fundan en la posición de que no se puede someter el poder constituyente a una responsabilidad patrimonial del Estado.

Es oportuno ahora, traer a colación la Sentencia con fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), consejero Ponente: Dr. Diego Younes Moreno, en la cual se analiza:

*Si como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1º de diciembre de 1991, impidiéndole así completar el período electoral para el que había sido inicialmente elegido, se puede llegar a configurar una responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, como consecuencia de los presuntos perjuicios morales y materiales alegados, como se le desconoció y suspendió dicho período. Dicho en otros términos, se plantea a la Sala el cuestionamiento de si puede predicarse la responsabilidad del Estado, cuando el supuesto hecho dañino lo causa un acto de la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>95</sup>*

Frente a lo cual se manifestó:

*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, 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*

---

<sup>95</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 13 de diciembre 1995. Radicación número: S-470. Consejero ponente: Diego Younes Moreno.

*constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella.*<sup>96</sup>

Pero esta decisión no fue unánime dentro del Consejo de Estado, por lo que el Consejero Daniel Suárez Hernández, presenta salvamento de voto, en los siguientes términos:

Dando cita a Kelsen, el doctor Suárez Hernández, pretende demostrar que existe posibilidad de derivar responsabilidad del poder constituyente, bajo la siguiente consideración:

*(...)El Poder Constituyente es el órgano establecido en la norma de derecho internacional consuetudinario o general llamada principio de efectividad, que se erige en la necesidad de poner límites jurídicos a los procesos de reforma de algunos preceptos jurídicos dentro de cada ordenamiento; pero, por supuesto, y como lo advierte Carpizo, dentro del pensamiento de Kelsen, si se parte del primado del derecho interno, y de la primacía del orden jurídico nacional, **el Poder Constituyente aparece reconocido en la norma hipotética fundamental y es regulado y limitado por ésta como quiera que es, precisamente función de aquella fundamentarlo jurídicamente.***<sup>97</sup>(Negrilla fuera de texto).

No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado social de derecho, democrático, pluralista, que se funda en el respeto de la dignidad humana, que tiene como uno de sus fines esenciales promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución tal como lo provee el artículo 2 de la Carta Magna, bajo el argumento del ejercicio de su soberanía; “tal recurso no podrá jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del

---

<sup>96</sup> *Ibídem.* p.12.

<sup>97</sup> *Ibídem.* Salvamento de voto del Consejero Daniel Suarez Hernández.

poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados"<sup>98</sup>

Concluye manifestando que la Sala sí es competente para conocer sobre dichos asuntos, en virtud del artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 “la jurisdicción podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno”

Dentro de este contexto de irresponsabilidad y de inhibición para pronunciarse acerca de la responsabilidad del constituyente, el honorable Consejo de Estado en sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004), Consejero ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, referida a la supresión del Tribunal Administrativo del cual era magistrado el accionante, Dr., Álvaro Cerón Coral, dicho tribunal fue creado en virtud del artículo 73 del acto legislativo número uno de 1968, que reformó el artículo 217 de la Constitución Política de 1886 y reglamentado mediante la ley 20 de 1972 , y suprimido por la Asamblea Nacional Constituyente, que dio origen al Consejo Superior de la Judicatura.

De lo dicho se desprende que el daño por el cual reclama el actor consiste en la supresión del cargo de magistrado del Tribunal Disciplinario antes de la terminación del período para el cual fue designado, conforme a los requisitos establecidos en la constitución de 1886 y la ley 20 de 1972.<sup>99</sup>

Frente a lo cual reiteró:

*(...)No cabe duda de que, por medio de las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, y entre ellas la referida a la creación de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la soberanía popular se manifestó como*

---

<sup>98</sup> Ibídem. Salvamento de voto del Consejero Daniel Suarez Hernández.

<sup>99</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-08318-01(12551). Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

*poder constituyente, en tanto que las ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial) son poderes derivados y, por lo tanto sometidos a las reglas determinadas por aquélla, a través de la constitución (...); (...) La Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio del poder constituyente, funda un nuevo orden constitucional en Colombia que se concreta en la aprobación y expedición de la Constitución Política de 1991.*

*Es la manifestación del poder supremo que, por serlo, sustenta su legitimidad y, en tanto acto originario, es presupuesto de validez jurídica de todo el ordenamiento. Por lo tanto, todos los poderes constituidos, dentro de los cuales se destacan las ramas tradicionales del poder público, derivan su legitimidad de esa decisión originaria y se someten a ese poder supremo.<sup>100</sup> (...)*

Esa es la razón para que el artículo 59 transitorio de la Constitución Política establezca que no están sujetos a control jurisdiccional los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, consideraciones que encuentran fundamento en los siguientes pronunciamientos: sentencia del 25 de enero de 1996, expediente: 9.852; sentencias del 26 de enero de 1996, expedientes: 10.183, 10.243, 10.244, 10.256, 10.363 y 10.765; sentencias del primero de febrero de 1996, expedientes: 10.234, 10.592, 10.601 y 10.686; sentencias del ocho de febrero de 1996, expedientes: 10.253, 10.699 y 10.815; sentencia del nueve de febrero de 1996, expediente: 10.477; sentencia del 23 de febrero de 1996, expediente: 11.242.

En este mismo sentido se ha pronunciado la honorable Corte Constitucional en sentencia del 1º de octubre de 1992, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, declarándose incompetente para conocer de las demandas contra la nueva Constitución afirmando:

*(...)Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las*

---

<sup>100</sup> Ibid. p. 25.

*comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista.*<sup>101</sup>

Consideraciones que se han convertido en el fundamento de la irresponsabilidad del Estado por los actos del poder constituyente, punto que se puede observar claramente en los fundamentos de la Corte Constitucional.

*(...) A la Corte le corresponde cumplir todas las funciones que la propia Constitución le fija, pero nada más que éstas, es decir se interpreta en forma restrictiva. Surge para la Corte, como órgano constituido, una competencia y una incompetencia. La Corte Constitucional no es competente para conocer de las demandas acumuladas de la referencia. De hacerlo incurriría en un abuso del poder, ya que ejercería funciones que el constituyente primario no le ha atribuido.*<sup>102</sup>

Esto nos permite afirmar, que la Corte solo puede conocer de la constitucionalidad de las reformas que de la Constitución realice el constituyente derivado, pero lo curioso es que dentro de ese poder constituido se encuentra también el pueblo sobre el que recae la soberanía, y quienes a su vez son los que van a estructurar al poder originario, a lo que podríamos decir, que cuando se conforma el poder constituyente originario es a través de la vías políticas, que se funda una nueva Constitución, pero cuando actúa como derivado lo realiza mediante vías jurídicas como el *referéndum*.

---

<sup>101</sup>COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>102</sup> *Ibíd.* p.10.

Por lo que sorprende comprobar, que habiendo dado pasos agigantados frente a la consagración de que el Estado también debe responder patrimonialmente por los daños que ocasione en el ejercicio de sus funciones, se pueda llegar a determinar sin miedo a equivocarnos que tanto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como de lo Constitucional no han aceptado aun la responsabilidad que se deriva de los actos del constituyente, pues es lo que subyace de todos estos detalles, que se analizaron de las sentencias más relevantes frente al tema del presente escrito, fundado en que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, no pueden ser juzgados a falta de una Autoridad que tenga la competencia para ello.

Podemos determinar que frente al poder originario, definitivamente nuestra jurisprudencia ha manifestado no tener competencia para juzgar sus actos, por ser una expresión del poder constituyente primario, que se nos presenta como algo ilimitado, soberano e intemporal.

## CAPITULO SEXTO

### **6. IMPLEMENTACIÓN DE LA TEORÍA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO**

En Colombia, se ha dicho muy poco frente a la posibilidad de responsabilizar al Estado por los actos del poder constituyente que puedan llegar a ocasionar daños a las personas. Y en efecto, los mínimos pronunciamientos que se han dado por parte del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, el Consejo de Estado, como ya lo hemos vislumbrado anteriormente, su respuesta siempre ha sido un contúndete no frente a la exigencia de la de responsabilidad del Estado por el desarrollo de mencionados actos.

Pero esto no quiere decir, que se deba concebir como una verdad absoluta, y arroparnos todos bajo la sombra del llamado “acto de soberanía”, por lo que tal momento que estamos atravesando hoy, ya se ha dado frente al camino lleno de obstáculos que se tuvo que atravesar para llegar a un punto de equilibrio y consolidación sobre la responsabilidad por el hecho del legislador, donde actualmente no se tiene dudas al respecto.

Por ende, es lo que hoy nos impulsa a desarrollar esta temática, que aunque conscientes de que es un camino árido y lleno de grandes tormentas de arena, por los cuales debe trasegar la Responsabilidad patrimonial del Estado por actos del Poder Constituyente. De tal modo, que nos hemos arriesgado a plantear bases sobre la afirmación positiva de la existencia de esta responsabilidad. Por lo que se nos hace necesario en primera medida señalar los fundamentos mediatos de la responsabilidad estatal por actos del poder constituyente, además de determinar el alcance del poder de sustitución o reforma que tiene el poder constituyente, comprender cuál es el trámite de la reforma de la constitución por parte de la Asamblea Nacional Constituyente y si estos actos pueden llegar a tener algún tipo

de limitación, y que si dentro de su función puede generar algún tipo de daño y si este a su vez es indemnizable, lo que dio pie a la consagración de nuestra hipótesis, junto con su validación.

### **6.1 Fundamentos mediatos de responsabilidad estatal por actos del poder constituyente: Principio de igualdad y equidad.**

Estos dos principios son el pilar de la idea de reparación patrimonial, y por ende se convierten en los cimientos que conforman la estructura de un régimen de responsabilidad estatal por el desarrollo de los actos del poder constituyente.

Además de la consagración del artículo 90 de la Constitución Nacional que define la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por las actuaciones de los entes públicos.

El nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar., por lo que este sentido podemos mencionar que lo que se busca con la reparación de un perjuicio es equilibrar la desigualdad producida por el mismo.

Es por ello que los artículos 13, numeral 9 del art 95 y 230 de nuestra Carta Nacional son el sustento de los títulos de imputación Jurídica de la responsabilidad estatal, los cuales consagran:

#### **ARTICULO 13.**

*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, **recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y***

***oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.***

***El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.***

***El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.***<sup>103</sup>(Negrilla fuera de texto)

#### **ARTICULO 95.**

*“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.*

*(...) Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado **dentro de conceptos de justicia y equidad**”*<sup>104</sup> (Negrilla fuera de texto).

#### **ARTICULO 230.**

*“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

***La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.***<sup>105</sup> (Negrilla fuera de texto)

Principio de igualdad que debe ser entendido como lo desarrolla la célebre frase de Aristóteles, tomada de su *Ética a Nicómaco*, que entiende la justicia como “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”

En este sentido la honorable Corte Constitucional ha afirmado:

---

<sup>103</sup> COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis, 2008, art, 13.

<sup>104</sup> *Ibíd.* Art. 95.

<sup>105</sup> *Ibíd.* Art. 230.

*Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.<sup>106</sup>*

En este sentido, la Corte Constitucional mediante sus fallos reiterativos ha exclamado que la igualdad debe ser entendida tanto en su ámbito formal como material, como se evidencia en sentencia C-833 de 2013, magistrado ponente, Dra. María Victoria Calle Correa, la cual consagra:

*El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional establece, entre sus contenidos, un mandato de igualdad formal ante la ley, según el cual todas las personas que compartan la misma situación merecen ser tratadas de la misma manera, mientras que aquellas que se encuentren en situaciones que presenten diferencias constitucionalmente relevantes, deben ser tratadas de manera diferente, siempre y cuando ello no comporte discriminación injustificada por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Asimismo, incorpora un mandato de*

---

<sup>106</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012, Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

*igualdad material, que ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Aquellos preceptos encuentran un desarrollo específico en materia de política fiscal, en los principios de generalidad y equidad que, a su vez, están en la base de la idea de justicia tributaria.*<sup>107</sup>

Con sustento en este principio, el Estado Puede imponer una serie de cargas que deben ser colectivas, y que deben ser equitativas, sin que deban correr a cargo de una persona en particular, por lo que el rompimiento de este equilibrio impone al Estado en Representación de sus ciudadanos, el perjuicio ocasionado a quienes se someten a determinadas situaciones que no están en el deber de soportarlas.

Tales cargas tienen como particularidad que las respectivas administraciones públicas gozan del derecho de exigir las y los administrados tenemos la obligación correlativa de tolerarlas en aras del bien común. Desde esta perspectiva, esos sacrificios de orden general no son indemnizables, puesto que, si los administrados tenemos el deber de tolerarlas no puede admitirse la existencia de un derecho al resarcimiento por ser soportados.<sup>108</sup>

Igualmente, otro de los cimientos de la responsabilidad del Estado por los actos del constituyente es el principio de equidad, que como lo anota el maestro Terragrosa Sánchez en su loable obra estos dos principios deben ser entendidos coetáneamente, en este el referido manifiesta:

*“Pero no sobra anotar, previamente, que entre los principios de igualdad y equidad existe un vínculo inescindible, toda vez que la utilización por el juez de la equidad como criterio de ponderación de sus decisiones, a efectos de lograr una distribución adecuada de las cargas públicas impuestas en los individuos, conlleva*

---

<sup>107</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-833 de 2013, Magistrado Ponente. Dra. María Victoria Calle Correa

<sup>108</sup> JINESTA L., Ernesto. Fundamentos de los sistemas de responsabilidad administrativa, Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD), Costa Rica.

*necesariamente la realización del principio de igualdad en el caso en concreto”<sup>109</sup>(...)*

Por lo que el principio de equidad dentro del contexto de nuestra monografía se puede entender como un equilibrio entre las cargas tributarias que deben asumir los ciudadanos, como miembros pertenecientes a un Estado, o como un criterio auxiliar de la actividad judicial, frente a lo cual la Corte Constitucional se ha pronunciado: “Que la equidad en materia de administración de justicia tiene su lugar en cuanto su función de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto”<sup>110</sup>

Por lo que podemos señalar que la equidad obedece al equilibrio en la imposición de cargas y los beneficios y la consecuencia en la hipótesis fáctica.<sup>111</sup> Permitiendo distribuir adecuadamente las cargas sobre los administrados.

## **6.2 Diferencias y Alcances del poder de sustitución y reforma de la Constitución Política, en cabeza de la Asamblea Nacional Constituyente.**

En primera medida, es importante señalar que el poder de revisión de conformidad con la normatividad constitucional está en cabeza del Congreso de la Republica, Asamblea Constituyente y el pueblo a través del referendo.

Pero es solamente la Asamblea Constituyente como poder constituyente originario quien puede actuar como poder de revisión de la constitución y en ese sentido, está limitada materialmente por la propia Constitución para emprender su reforma,

---

<sup>109</sup> TORREGOZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Ed. Temis, 2005.

<sup>110</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-284 de 2015, Magistrado Ponente. Dr. Mauricio González Cuervo.

<sup>111</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia SU 837 de 2002, Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

así como por la ley de convocatoria al indicar los temas objetos de la modificación. Sin embargo, si la ley de convocatoria busca que el pueblo a través de la Asamblea Constituyente sustituya o derogue la constitución esta no está limitada por las formas dispuestas en la carta política anterior, sino por las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el *Ius Cogens*.<sup>112</sup>

Es por ello que a continuación sentaremos las bases tanto del poder de sustitución como el de reforma.

En virtud de la sentencia C – 971 de 2004, de la Honorable Corte Constitucional, esta se encargó de fijar el alcance del concepto de sustitución, al sostener que se refiere al límite de la competencia del poder de reforma, y por lo tanto, reservado solamente para el constituyente primario. En esa medida, el poder de revisión carece de competencia para sustituir la Constitución, es decir, de reemplazarla por una distinta o para reemplazar un elemento que la define o identifica.<sup>113</sup>

En cuanto al concepto de sustitución de la Constitución la sentencia C-1040 de 2005 señaló:

*El concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles. La jurisprudencia ha aludido a sustituciones totales y a sustituciones parciales y ha sostenido que el reformador tampoco puede introducir sustituciones parciales entendiendo por tales aquellas en las cuales un eje definitorio de la identidad de la Constitución sea reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente. (...)*

---

<sup>112</sup> RUIZ OREJUELA, Wilson, Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente, 1 Ed. Ecoe ediciones, Bogotá. 2015.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 32.

*Cuarto, la Corte ha subrayado que el concepto de sustitución se distingue de otros con los cuales no puede confundirse, tales como los de intangibilidad e irreversibilidad, o afectación y vulneración de contenidos, los cuales aluden a juicios materiales de las reformas constitucionales que escapan a la competencia de la Corte Constitucional. La Corte solo tiene competencia para verificar que el poder de reforma, que es constituido, no haya adoptado un acto mediante el cual sustituya la Constitución que lo habilitó exclusivamente para reformarla.<sup>114</sup>*

Debido a ello nos queda claro que el poder de reforma está facultado para introducir modificaciones sustanciales a la carta magna.

Referente al poder de reforma de la Asamblea Constituyente, la Corte Constitucional, es competente para limitar y controlar el alcance del poder de revisión, tanto por vicio de procedimiento en su formación y promulgación, así como por la extralimitación de su competencia, en cuanto se encuentran fijados en la ley de convocatoria.

Sin embargo, frente al poder de sustitución, nuestro Tribunal Constitucional no tendría la competencia de controlar sus actos de irregularidades estarían sometidos a I control del derecho Internacional y del *Ius Cogens*, por lo que la Autoridad competente serían los tribunales Internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>114</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005, Magistrados Ponentes. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

### **6.3 Tramite de la reforma de la Constitución en Cabeza de la Asamblea Nacional Constituyente.**

En virtud del artículo 376 de la Constitución Política, la reforma de la Constitución por parte de la Asamblea Constituyente implica un procedimiento para poder convocarla tal y como lo consagra mencionada norma:

*Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.<sup>115</sup>*

Por lo tanto, es un procedimiento el que se debe llevar a cabo para el trámite y puesta en vigencia la Ley del Congreso de la Republica, por medio del cual es pueblo decide si convoca o no a una Asamblea Constituyente, que es una etapa diferente, al que una vez el pueblo ha votado afirmativamente, y superado el número de votos mínimo exigido por el censo electoral vigente, que serían los pasos previos a la realización de sus actos para llevar a cabo la reforma de la Constitución.

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, tal y como lo arguye el doctor Wilson Ruiz Orejuela<sup>116</sup>, la misma sin lugar a dudas cumple una función constituyente otorgada por el pueblo en quien reside el Poder Constituyente.

---

<sup>115</sup> COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis, 2008. Artículo 376.

<sup>116</sup> RUIZ OREJUELA, Op. Cit., p.156.

Así mismo enfatiza el autor citado, de esa forma existe una diferencia notable entre el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente – ley tramitada en el Congreso con control previo de Constitucionalidad- con el reglamento que se da la propia Asamblea que tiene rango de normas fundamentales en razón a la jerarquía de la Asamblea y, los actos constituyentes de reforma o de transformación total de la Carta,<sup>117</sup> según sea el objetivo del pueblo por el cual ha sido convocada

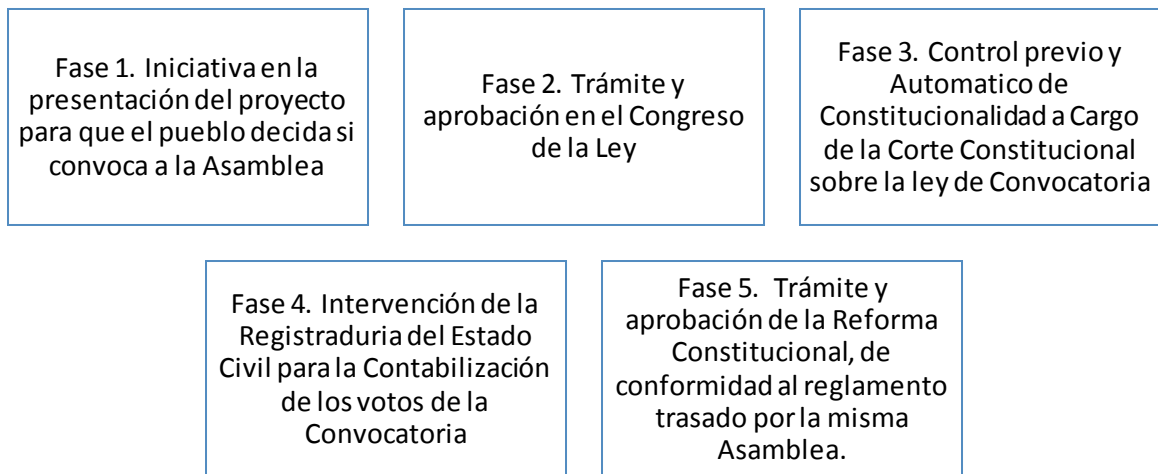
Finalmente lo que expide la Asamblea Constituyente son actos reglamentarios especiales con rango de norma constitucional y si se atiende solo a modificarla cuando es convocada para esto o transfieres la voluntad soberana del pueblo al de una norma jurídica si ocurre una transformación total de la constitución, tal y como ocurrió en el proceso constituyente de 1991 frente a la Carta magna de 1886, como lo consagra el artículo 380 de la Carta Nacional de 1991, en cuanto queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reforma.

En este sentido, el procedimiento a seguirse en la reforma constitucional mediante la Asamblea Constituyente, consta de las siguientes fases:<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> *Ibíd.* p. 157.

<sup>118</sup> *Ibíd.* p. 157.



#### **6.4 Afirmación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos del Poder Constituyente**

EL Estado Colombiano incurre en responsabilidad patrimonial y por ende debe reparar los daños ocasionados a los asociados, como consecuencia de los actos del poder constituyente originario, ya sea por la sustitución o reforma de la constitución realizada por la Asamblea Constituyente convocada por el pueblo, así como del poder de revisión de la carta por parte del Congreso, Asamblea Nacional Constituyente o del pueblo por medio del referendo, lo cual resulta obvio dentro Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, que propende por la protección de las garantías mínimas de todo ser humano, por lo que no es posible tolerar la generación de daños a otros que no están en la obligación de repararlos, y que se le vulnera la dignidad humana, sin que estos sean debidamente reparados por el Estado, como garante de un orden social justo.

## **6.5 Validación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos del Poder Constituyente**

Creemos haber dicho lo suficiente, para enmarcarnos en la misión de dar respuesta al siguiente interrogante ¿Se puede predicar la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando se ha causado un daño antijurídico que tiene como origen un acto del poder constituyente originario?

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual estableció la cláusula general de responsabilidad, 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”<sup>119</sup>

En lo referente a la responsabilidad patrimonial del Estado, debemos entender que dicho concepto abarca el universo del poder público en todas sus manifestaciones, dado que la norma no hace ningún tipo de exclusión o distinción.

Así mismo, El artículo 90 superior define la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por las actuaciones de los entes públicos. Si bien esta responsabilidad hoy en día se determina con base en la noción de daño antijurídico y no de conducta antijurídica, lo cierto es que de todas maneras tal daño debe tener un vínculo causal con la actividad del Estado.

Ahora bien, se toman como referencias los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, las cuales poseen un alto grado de legitimidad, puesto que son derivados de la soberanía popular, representada en el poder constituyente, de ahí surge la inquietud de que si por el grado de legitimidad que tienen dichas normas puesto que son elaboradas por un poder soberano (el poder constituyente

---

<sup>119</sup> COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis, 2008. Artículo 90

representando al poder constituido), se encuentran los asociados obligados a soportar cualquier carga que se derive de la ejecución de dichos actos ya sea de sustitución o reforma de la carta magna.

En primer lugar cabe señalar que las funciones del poder constituyente se encuentran dentro de las actuaciones del Estado, en el sentido de que este se encuentra reglamentado dentro de la normatividad estatal, solo basta observar que para que la Asamblea Nacional Constituyente pueda conformarse es necesario que el pueblo sea convocado para que decida si convoca a la creación de esta.

Además, es de resaltar que nos encontramos dentro de un Estado democrático, por lo cual toda función del poder constituyente debe estar enmarcada dentro de la institucionalidad y fundada en el respeto de los mecanismos previstos por nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se puede observar al tenor de lo dispuesto en el artículo 374 superior, la Constitución puede ser reformada por el Congreso, mediante Acto Legislativo, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo que puede ser de iniciativa gubernamental o de iniciativa popular.

Por otro lado, para poder determinar si el Estado es responsable por los actos del poder constituyente, es necesario poner a consideración de todos los lectores la posición que han asumido nuestras Altas Cortes frente a la materia, durante el estudio jurisprudencial y doctrinario que se realizó para el presente trabajo, podemos mencionar que existe aún, una visión de irresponsabilidad del Estado por actos del poder constituyente, dicha tesis la fundamentan en el principio democrático.

También, se han sustentado en la idea que la Asamblea Nacional Constituyente actúa como constituyente primario, ejerciendo la soberanía que originalmente se encuentra en cabeza del pueblo, pero que les fue delegada a ellos para la

construcción de la Carta Política. Este poder constituyente no encuentra límites en el texto constitucional, ni legal, puesto que dicho poder es soberano.

Por ende, la soberanía del poder constituyente se caracteriza por ser originaria, extraordinaria, suprema y directa, lo que permite que la Asamblea Nacional Constituyente pueda desarrollar su actuar sin encontrar límites en los controles judiciales, tomando como referencia que cada una de las autoridades que ejercen estos controles poseen ámbitos de competencia que no pueden desbordar.

Posición que ha sido asumida por nuestro Consejo de Estado, tal y como lo señalamos en el acápite denominado: Panorama de la responsabilidad estatal por actos del constituyente doctrina y jurisprudencia: Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Sin embargo, esta posición que ha asumido nuestro ordenamiento jurídico, puede ser revaluada si la tomamos desde un punto de vista diferente, en el sentido que el estudio del poder constituyente no debe ser solamente limitado al interior de nuestro país, sino que debe estar a la par de la dinámica internacional, que más allá de hacer efectivo un ordenamiento positivo, exigen el reconocimiento de valores superiores, principios y derechos de rango Internacional<sup>120</sup>, lo que se fundamenta en que la realidad humana es cambiante, como lo diría el filósofo Heráclito “Todo cambia, todo fluye, todo está en constante movimiento”, así mismo, el derecho al depender directamente de la realidad y de la sociedad, no puede ser ajeno a dichos cambios, por ello es natural que dentro del marco de la globalización nuestro ordenamiento debe fundarse en el principio de la inmunidad de los derechos humanos, que son protegidos por el marco del Derecho Internacional y el *ius cogens*.

---

<sup>120</sup> PAZOS GUERRERO, Ramiro. La responsabilidad del Estado por la función constituyente: El caso Colombiano. Grupo de estudios en derecho administrativo GEDA, facultad de derecho, ciencias políticas, y sociales, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2013. Pg. 34.

Al respecto, el artículo 93 Constitucional, a cuyo tenor "*los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*".<sup>121</sup>

Esta norma es el sustento de que en el ordenamiento jurídico colombiano se puedan aplicar las normas de derecho internacional, lo que se conoce comúnmente como el bloque de convencionalidad.

La honorable Corte Constitucional ha definido el bloque de convencionalidad como:

*(...) aquella unidad jurídica compuesta "por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.*<sup>122</sup>

No es en vano, que me allá tomado el tiempo de definir lo que se entiende por bloque de convencionalidad, ya que se nos presenta como la posibilidad de atribuir responsabilidad al Estado por actos del constituyente, que este no quiera reconocer que el poder constituyente no está desprovisto de límites, como sucede en la actualidad, se acudirá al ámbito internacional que si contempla unos mínimos que

---

<sup>121</sup>COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 067 de 2003, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>122</sup> *Ibíd.* p. 32.

son “muy importantes en el momento en que se va a ejercer la función constituyente”<sup>123</sup>

Por estas razones, es que creemos fielmente que es posible establecer un debate fundado en la posibilidad que el Estado deba responder patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por actos del constituyente, cuando se atenta por desconocimiento o se llega a vulnerar principios como el *pacta sur servanda*, igualdad, dignidad, justicia entre otros; llegando a trastocar los derechos inalienables de los seres humanos.

- **Se deben soportar las decisiones legítimas de un soberano aun cuando estas causen daños a sus ciudadanos.**

Si bien es cierto que, tratándose del poder constituyente originario, no es fácil determinar sus límites en el sentido de que este se encuentra fundado en el concepto de soberanía popular y esta a su vez se funda en el pilar de un poder ilimitado y extraordinario, que moldea al poder constituyente.

Aquí vale la pena hacer una pequeña digresión, sobre el concepto de soberanía que hasta el momento ha adoptado nuestro Consejo de Estado, para declararse inhibido frente a los casos que ha conocido por actos del constituyente, ya que puede ser revaluado bajo la mirada del Derecho Internacional, lo que nos brinda la posibilidad de conocer los límites implícitos a los que está sujeto las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

Al actuar dentro de una estructura que históricamente ha establecido un orden democrático y que desde la constitución misma propugna un Estado Social, es

---

<sup>123</sup> CARPIZO, Jorge. Algunas reflexiones sobre el poder constituyente. Universidad autónoma de México. [en línea] [Consultado el 10 de junio de 2017.], disponible en: Pág. 152. Tomado de: [biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/10.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/10.pdf).

entendible que se plantee la idea de que el poder constituyente posee una serie de límites en los cuales encuadra su función y que cualquier extralimitación por parte de alguno de sus agentes causando un daño antijurídico debe ser reparado.

De allí que, las modificaciones o reformas constitucionales no podrían realizarse de manera indiscriminada, puesto que contribuirían a que se afecte el statu quo de la sociedad, por lo anterior es necesario que se erijan una serie de límites al ejercicio del poder constituyente.

Risso ha sostenido que:

*“la noción tradicional del poder constituyente y de la soberanía impide que el equilibrio antes mencionado se materialice, en tanto se consideran ilimitados, inalienables, e intangibles por provenir de la voluntad popular. Sostiene también que el equilibrio solo puede ser visibilizado y garantizado si se respetan ciertos límites por parte del poder constituyente”.*<sup>124</sup>

Dentro de los límites antes mencionados se encuentran las cláusulas pétreas orientadas a restringir la modificabilidad y ductilidad de las constituciones, lo cual constituiría límites internos, mientras que existen límites externos como los del bloque de convencionalidad y el *Ius Cogens*.

El *Ius Cogens* se erige como un límite general para el poder constituyente, por lo que son oportuno las características básicas de este principio, según lo citado por Pazos.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> RISSO FERRAND, M. Responsabilidad del Estado causados en el Ejercicio del Poder Constituyente. Bogotá: Seminario Internacional de Derecho Constitucional: Reforma Constitucional. Pontificia Universidad Javeriana.

<sup>125</sup>Cfr. ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y DUQUE-VALLEJO, Ana María, “Declaración universal de derechos humanos ¿norma de ius cogens?” Revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 12:13-34, Bogotá, 2008. p. 16-19. Citado por: PAZOS GUERRERO, R. La Responsabilidad del Estado por la función constituyente: El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad Nacional. 2013

- *Pertenece al Derecho Internacional general.*
- *Son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario.*
- *Solo pueden ser modificadas por normas del mismo carácter.*
- *Todo acto jurídico unilateral, bilateral o multilateral que se oponga a normas de *Ius Cogens* es nulo absolutamente.*

Seguendo las características anteriores podemos encuadrar dentro de las normas de *Ius Cogens* las siguientes:

- *Aquellas que tutelan los derechos humanos de la persona humana.*
- *Las que tutelan los derechos de los pueblos a su autodeterminación y de los Estados a su respeto.*
- *Las que tutelan los intereses de la comunidad internacional.*
- *Todas aquellas que prohíben el uso de la fuerza.*<sup>126</sup>

La importancia de este límite se encuentra orientada a que las normas del denominado *Ius Cogens*, son normas de carácter imperativo y que son base para que se garanticen los derechos humanos del administrado.

Al ser normas de carácter imperativo, equivale a sostener que los estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, están obligados a justar sus ordenamientos jurídicos, a los estándares de protección de los derechos humanos y demás protocolos, cuyo interprete auténtico en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo que conlleva a que los jueces nacionales no solamente deben velar por que no exista ninguna divergencia entre las diversas normas y la Constitución, sino también de la Convención, por lo que si dentro de la

---

<sup>126</sup> *Ibid.* p.32.

realización de un control difuso la norma nacional resulta incompatible con la convención deberá preferirse esta última.

En este sentido, todo juez nacional tiene una obligación de convencionalidad de aplicar el estándar de garantía y protección de los derechos humanos, dando siempre aplicabilidad al principio *pro homine*, para garantizar de la eficacia de las garantías fundamentales y adaptar los postulados a la misma. Esto quiere decir, que tanto las leyes, como la constitución de un país debe alinearse a lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, de allí que si pueda declararse la responsabilidad del Estado al encontrarse con normas elaboradas por el poder constituyente y que se encuentren en contravía del derecho internacional humanitario y/o del derecho internacional de los derechos humanos.

Encontramos además que el derecho internacional de los Derechos humanos es un límite específico al poder constituyente originario, los derechos fundamentales en un país como el nuestro que se encuentra constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar, es decir, privar sin indemnización parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó.

De igual modo, los Derechos Humanos en general son conquistas de la humanidad frente al ejercicio arbitrario y desmedido del poder del Estado y, por lo tanto, son límites frente al soberano. Estos derechos juegan un papel trascendental en los Estados democráticos, puestos que en ellos está fincada su legitimidad; a través de estas reivindicaciones se busca la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje central de la sociedad política la dignidad humana y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como cauces para alcanzarla. De allí, la idea de los Derechos Humanos como prerrogativas frente al Estado o límites contra el poder político.

En base a lo anterior se puede deducir que el Derecho Internacional de los derechos humanos sirve como referencia para que a través de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, se pueda comenzar a estimar las fuentes de la responsabilidad para constituir el régimen de la responsabilidad estatal por actos del poder constituyente.

Por lo que es de magna importancia traer a colación un caso muy sonado que nos presenta un debate acerca de la responsabilidad internacional de la función del poder constituyente, por la vulneración de normas de derecho internacional y la consagración de unas leyes de amnistía que promovió el congreso constituyente.

Para mayor claridad me permito poner en contexto lo sucedido, el 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados que pertenecían al Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina” que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo, creados en el gobierno de Fujimori, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta, del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, los atacantes les dispararon indiscriminadamente matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro, que se encontraban en el inmueble y que pertenecían al grupo sendero luminoso, quienes son un grupo revolucionario peruano.

A pesar que el gobierno peruano se preocupó por adelantar acciones judiciales pertinentes a esclarecer los hechos, no fue posible declarar responsables a los que ejecutaron la masacre, debido a que se creó un congreso constituyente, que en la ejecución de sus funciones, emitieron unas leyes de amnistía para los militares que habían participado dentro de la masacre, impidiendo así a los jueces que venía conociendo el caso estudiar la legalidad o ilegalidad de mencionados pronunciamientos, lo que conllevó a que se cerraran los procesos adelantados contra los militares.

Por estas razones, dicho caso llegó a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el Estado peruano se allanó a los cargos, en vista de la vulneración de los derechos humanos.

Por lo que la Corte Interamericana afirmó “los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para **que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz**, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”<sup>127</sup>. (Negrilla fuera de texto).

He aquí, donde se puede ver con claridad que aunque dichas normas fueran expedidas en función del poder constituyente, y tenían carácter de legalidad y constitucionalidad dentro del derecho interno del Estado peruano, sea válido bajo la concepción del derecho internacional, cuando se están vulnerando derechos que los ciudadanos no están en la obligación de soportar, y aunque estos actos se produzcan de manera lícita porque están autorizados para ello, vulneran derechos de la esfera del *ius cogens*.

El que se ratifiquen dichos tratados internacionales le genera una obligación a los Estados para que los cumplan sin importar la jerarquía que les sea asignada en el ordenamiento interno, no obstante, en el caso de nuestro país, los tratados internacionales que versen sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y sean ratificados por el Congreso de la República, adquieren especial fuerza normativa, puesto que se encuentran al nivel de la Carta Política.

---

<sup>127</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos Vs. Perú.

Con lo que hemos dicho hasta aquí, me parece oportuno señalar que es dentro del juicio de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del poder Constituyente, donde la autoridad Jurisdiccional Administrativa, respecto a la sustitución de la Carta Nacional, verifica la existencia de un daño no permitido a la luz no solo de nuestro ordenamiento interno, sino además del cumplimiento de convenios y tratados internacionales de derechos humanos.

En conclusión, cuando se presente ante alguna Autoridad jurisdiccional administrativa, una demanda de reparación directa, como quiera que en virtud de una sustitución de la Constitución, se generaron unos daños injustos y arbitrarios a una persona, deberá verificar que esta actuación no haya contradicho lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual tendrá que efectuar un control difuso de convencionalidad.

De allí que, cabe la posibilidad de replantearnos la tesis de irresponsabilidad asumida por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de declararse incompetente para pronunciarse acerca de si es dable decretar la responsabilidad del Estado por las actuaciones del poder constituyente, que rompen las cargas públicas generando perjuicios a los ciudadanos.

Dentro de la hipótesis, de la “Revocatoria del mandato” decidida por la Asamblea Nacional Constituyente, relacionadas con los congresistas que habían sido electos en los comicios del 11 de marzo de 1990 para el periodo constitucional 1990-1994. El artículo 3 transitorio de la Constitución de 1991, dispuso: “Mientras se instala, el 1º de diciembre de 1991 el nuevo congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República”. Debía haber sido resuelto por el Consejo de Estado, valorando en primer lugar los postulados constitucionales, y atender a los principios de dignidad humano y a un social justo, y en segunda

medida someter la problemática a una valoración bajo los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que conlleva a realizar el control difuso de convencionalidad.

Por lo que es dable haber decretado la responsabilidad del Estado frente a estos actos, De la siguiente manera, tal y como lo ha desarrollado el doctor Alonso Niño:

1. *Actuación: La Asamblea Nacional desconoció los derechos subjetivos de los Congresistas en ejercicio, ocasionando la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. De esta manera, a pesar de que a partir de la vigencia de la nueva Carta Política los Congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 quedaron sin funciones, sin embargo, se les continuaron reconociendo sueldos y derechos patrimoniales hasta el 30 de noviembre de 1991, reconociéndose así la existencia de derechos inherentes a su propia condición.*
  
2. *Existencia del Daño: El daño se materializó en dos momentos. El primero, cuando se realiza la convocatoria para elecciones generales del Congreso de la República para el 27 de Octubre de 1991, lo cual va a queda condensado en el actual Artículo 1° transitorio Constitucional; y, el segundo momento tiene que ver con el día 1° de Diciembre de 1991, cuando se instaló el nuevo Congreso por parte del Presidente de la República, y las comisiones que venían ejerciendo debieron entrar en receso si la posibilidad de ejercer ninguna de sus atribuciones.*
  
5. *Relación de Causalidad: Fue legítima la actividad del constituyente y con ella se lesionaron derechos de los demandantes, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño grave 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 dentro de la responsabilidad.*<sup>128</sup>

Así las cosas, se concluye la posibilidad de imputar y reclamar la responsabilidad al Estado, con base en lo argüido a lo largo del presente análisis, ya en el caso de que este no lo haga, no es posible desconocer la justicia internacional, que puede activarse cuando los mecanismos interno no actúan de la mejor manera frente a la protección de Derechos Humanos como el espiral *del ius cogens*.

Pero una vez, se ha determinado la posibilidad de decretar la responsabilidad del Estado por los actos del poder constituyente originario, es importante conocer bajo qué régimen se desarrollaría, para lo cual traemos el siguiente acápite.

---

<sup>128</sup> ALONSO NIÑO, H. El poder constituyente “extraordinario” como dispositivo generador de responsabilidad patrimonial del estado. Implicaciones de la Asamblea Nacional Constituyente –ANC- en la configuración de la noción de modelo constitucional introducido con la Carta Política de 1991, Revista IUSTA, 17: 201-228, 2005.

## CAPITULO SÉPTIMO

### 7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE

Puede afirmarse que los títulos de imputación sobre el cual se edifica la responsabilidad para el Estado por actos del poder constituyente, obedecen, al Daño Especial y a la Confianza Legítima, incluso abría cabida a una falla del servicio, sobre los cuales se puede esperar razonadamente que el Estado responda por los daños antijurídicos causados, Sin embargo, para ello deben tenerse en cuenta ciertas particularidades como la valoración jurídica y probatoria que en cada uno de estos eventos varía.

Por lo que es necesario un acercamiento a mencionados títulos jurídicos de imputación, para así determinar su aplicabilidad.

#### 7.1 Daño Especial

Es “Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público”<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> CUELLO IRIARTE, Gustavo. El Daño Especial, como Título de Imputación de la Responsabilidad del Estado: Historia. Legislación. Jurisprudencia. Gustavo Cuello Iriarte, Adriana Cuello Hermida, Jenaro Andrés Puerto Valencia. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 2009.

Este régimen de responsabilidad tiene aplicación cuando la actividad desarrollada por el estado es lícita, pero se impone un sacrificio especial a un grupo específico de personas, a quienes se causa un daño grave y anormal, lo que supone una ruptura de la igualdad de los administradores frente a las cargas públicas<sup>130</sup>.

El daño especial tiene como pilar el principio de equilibrio frente a las cargas públicas, que de conformidad a los principios de solidaridad y de igualdad deben soportar los administrados frente a las cargas que recaen sobre los demás como consecuencia de los poderes y actuaciones del Estado.

Tal y como lo ha señalado en reiteradas ocasiones la honorable Corte Constitucional:

*Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP 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 (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP 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.<sup>131</sup>*

---

<sup>130</sup> TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique, Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Legislador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. p.35

<sup>131</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C - 333 de 1996, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.

Lo que con lleva a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, debido a que se debe demostrar la existencia del daño, sin que implique demostrar que se actuó con culpa, daño que debe ser antijurídico, entendido no como algo contrario a derecho, sino en virtud de la ruptura del equilibrio de las cargas, y por qué este no está en el deber de soportarlo, lo que reputa como indemnizable.

Así mismo el Honorable Consejo de Estado ha manifestado:

*(...) Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.<sup>132</sup>*

Ha sido clara y reiterativa la jurisprudencia del Consejo de Estado al establecer que la existencia del Estado si bien puede generar una serie de obligaciones y cargas a los administrados, estas no pueden ser excesivas, es por ello que excepcionalmente y como presupuesto necesario para evitar la inmunidad por irresponsabilidad del Estado, se ha constituido el concepto de Daño especial como un título de imputación.

Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente, porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros

---

<sup>132</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia del mes de octubre de 1976, "Expediente No. 1482", Consejero Ponente. Valencia Arango.

regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.

### **7.1.1 Requisitos del Daño Especial**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido tres elementos necesarios para que pueda darse aplicación al concepto de daño especial:

- *Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar los administrados.*  
*Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente deben soportar los administrados en general.*
- *Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual deba revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.*
- *Que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado. Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla en el servicio de la administración y también la derivada por las vías o actuaciones de hecho.*<sup>133</sup>

En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la

---

<sup>133</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia con fecha del 11 de febrero de 2009, Consejero ponente. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

comunidad obtenga beneficios que les representa un mejoramiento de en la calidad y la prestación de los servicios.<sup>134</sup>

Es de resaltar que si bien es cierto que este tipo de título de imputación fue instituido inicialmente frente a los actos ejecutados por la rama ejecutiva, en la actualidad esta teoría permite abarcar la totalidad del poder público.

El concepto de daño especial cobra importancia para resolver el problema jurídico que nos propone la doctrina cuando citando a las teorías contractualitas genera la inquietud sobre si el poder constituyente al ser soberano se cobijaría bajo un régimen de irresponsabilidad estatal, o si por el contrario como se ha venido sosteniendo, el exceso en la imposición de cargas públicas a los administrados, causando con ello consecuencias antijurídicas, las cuales no solo son antijurídicas por ir en contravía del ordenamiento jurídico sino por generar un daño en sí mismas, generan una obligación al Estado de reparar económicamente al asociado perjudicado.

De acuerdo con en el proceso constituyente colombiano de 1991 se evidencia que, aún sin reformar previamente la Constitución para regular la institución de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma de la Constitución, se hizo prevalecer la soberanía popular sobre la supremacía constitucional mediante una interpretación de la entonces Corte Suprema de Justicia”<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sentencia del 26 de enero de 2004. Consejero ponente. Dr. Jorge Arango Mejía.

<sup>135</sup> BREWER CARIAS, Allan. El proceso constituyente y la Constitución Colombiana de 1991, como antecedentes directos del proceso constituyente y de algunas previsiones de la Constitución Venezolana de 1999. [en línea] [Consultado el 15 de junio de 2017.], disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb474b8ab241efb849fea2/Content/I,%201,%201033.%20Brewer.%20LA%20CONSTITUCION%20COLOMBIANA%20de%201991%20Y%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20VENEZOLANA%20de%201999.%20Bogot%C3%A1,%20Javeriana>).

En efecto, la problemática de la reforma conduce, inmediatamente, a la forma en que la reforma se produce lo que implica por ejemplo el análisis de dichas formas, procedimientos, pautas y a los límites para el ejercicio del tradicionalmente llamado poder constituyente originario y del poder constituyente derivado del cual puede predicarse la Responsabilidad del Estado.

### **7.1.2 Pronunciamientos Jurisprudenciales.**

Hay que resaltar que este título jurídico de imputación se ha venido desarrollando desde antes de la consagración de la Constitución Política de 1991.

El origen de la teoría del daño especial se encuentra en la sentencia del 30 de noviembre de 1923, en la que el Consejo de Estado francés concedió una reparación pecuniaria al señor Couitéas, quien, a pesar de contar a su favor con una sentencia judicial que lo declaraba propietario de unas parcelas de tierra de 38.000 hectáreas ubicadas en Túnez, (...) y luego de solicitarlo en repetidas ocasiones a las autoridades competentes, no pudo obtener el concurso de la fuerza pública para la ejecución de esa decisión con el objeto de lograr la expulsión de aproximadamente 8.000 miembros de las tribus autóctonas que ocupaban el terreno, puesto que el gobierno francés aducía que la expulsión de los indígenas, que se consideraban a sí mismos ocupantes legítimos de esas tierras, generaría graves consecuencias en relación al mantenimiento de la seguridad y el orden público.<sup>136</sup>

Por lo que al no ejecutarse el fallo a su favor, en el entendido que se le estaban causando unos perjuicios, y que además debió soportar cargas excepcionales y anormales, a favor del interés general.

---

<sup>136</sup> TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique, Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Legislador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007, pg.36.

En nuestro Ordenamiento Jurídico Colombino hemos venido siguiendo la línea del Derecho francés, es por ello, que es de magna importancia hacer referencia al fallo anteriormente citado en cuanto establece que:

*La responsabilidad del poder público se puede comprometer, aún sin falta, sobre el fundamento del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas en el caso que un acto administrativo legalmente emitido tiene por efecto producir en detrimento de una persona física o moral un daño especial y de una cierta gravedad". En estos casos, la lesión lícitamente impuesta, la cual se concreta en un sacrificio particular, excluye las causas de justificación de los daños eximiendo al perjudicado del deber de soportarlos sin indemnización compensatoria.<sup>137</sup>*

Lo que corresponde a nuestro Ordenamiento Jurídico, como primera iniciativa por parte del Consejo de Estado de establecer la responsabilidad fundada en el daño especial, se dio en la sentencia proferida por este, el 29 de julio de 1947, en la cual se "Solicito que el Consejo de Estado por los trámites de un juicio administrativo, con audiencia y citación del agente del ministerio público o sea del Fiscal del Consejo de Estado, se (sic) decrete a favor de la sociedad anónima "El Siglo, S.A." domiciliada en Bogotá, y contra la Nación, las indemnizaciones correspondientes que ésta debe pagar a aquélla, como consecuencia de la clausura y suspensión del periódico "El Siglo" que por una vía de hecho de la Administración, dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio del corriente año hasta el 6 de agosto también del corriente año<sup>138</sup>".

En razón a la alteración del orden público producto de golpe de Estado al presidente Alfonso López Pumarejo, en la cual se tomó como una de las medidas nombrar

---

<sup>137</sup> LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública". Editorial Jurídica Venezolana. 1995. Pág. 122, 168, 173. Citado por: Consejo de Estado, Sentencia del 27 de abril de 2006. Consejero Ponente. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>138</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 1947. Expd. N° 5396. Consejero.Ponente. Gustavo Valbuena.

censores a los periódicos con el fin de controlar la información que sería publicada, los cuales no podían actuar sin que se les hubiera designado un censor, para lo cual al diario “El siglo” realizó este nombramiento en forma tardía, lo que conllevó a que el diario no pudiera publicar durante 27 días ocasionándole una serie de perjuicios.

Así mismo el Consejo de Estado citando a tan ilustres autores tales como Teissiere, Mayer, Tirard, Jéze, Michaud, Romano, y las obras en las cuales han sostenido brillantemente, es su expresión que:

*La idea del daño especial; pero, además, reproduce la manera como dos de ellos – Teissiere y Michaud – la han formulado. El primero, en estas dos proposiciones que recíprocamente se limitan: “De una parte, dice, ningún ciudadano debe sufrir otras cargas que las impuestas a los demás en interés social. De otra, las necesidades de la vida colectiva exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular de la potencia pública, a menos que el legislador no disponga otra cosa”. Y el segundo así: “El daño producido por la Administración – escribe – no da lugar a reparación sino en el caso en que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial – como gestora suprema del interés público – pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas.”<sup>139</sup>*

De lo cual, podemos mencionar que si se ocasionaron unos perjuicios como consecuencia de la omisión como por acción, al periódico en referencia, el cual fue objeto de un tratamiento excepcional.

Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo, que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la

---

<sup>139</sup> *Ibíd.* p. 32.

entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosa hasta después de la diligencia de inspección ocular extrajuicio, colocó al prenombrado diario en situación excepcional.<sup>140</sup>

Por lo tanto el Consejo de Estado comenzó afianzar esta teoría, con el concepto de la ruptura de las cargas públicas, mediante la sentencia del 30 de septiembre de 1949, en la cual afirma:

*El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.<sup>141</sup>*

Debido a la particularidad del rompimiento de las cargas públicas, esta teoría es de una aplicabilidad muy especial y restringida, como la afirma la sentencia con expediente No. 4655 de 1989:

---

<sup>140</sup> *Ibíd.* p. 24.

<sup>141</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, sentencia con fecha septiembre 30 de 1949. Consejero Ponente. Pedro Gómez Parra.

*“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad”<sup>142</sup>*

Para mayor claridad, la teoría del daño especial fue muy bien utilizada en un fallo muy reciente que data del 10 de Noviembre de 2016, en cual se discutía que la administración municipal de Bucaramanga (Santander), en uso de sus facultades para la construcción de obras públicas, construyó el intercambiador denominado Puerta del Sol, con el fin de solucionar problemas de tráfico vehicular en la zona, pero que a su vez generó unas cargas a varios propietarios de bienes inmuebles ubicados en la zona, en el sentido de la afectación de visibilidad, de acceso a los inmuebles, aumento de contaminación del aire.

Al respecto la corporación concluyó que esta construcción afectó a los propietarios de los inmuebles, en el sentido de que se generaron cargas que no estaban en el deber de soportar, por lo que declaró al municipio administrativamente y patrimonialmente responsable.

Finalmente, y teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos citados, podemos determinar, que para el Consejo de Estado el principio de equidad es piedra angular de la teoría del daño especial.

Por lo tanto, existirá “eventos en los cuales deberá el Estado entrar a reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su

---

<sup>142</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 4655, Consejero Ponente. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y especialidad”<sup>143</sup>

Así lo expuso la Sección Tercera en sentencia de 28 de octubre de 1976 cuando indicó:

*Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general de la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquel y destinatario de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe concurrir a compensar el daño causado.*<sup>144</sup>

En síntesis, podemos mencionar, tal y como lo manifestado el Consejo de Estado, en sentencia de 8 de agosto de 2002, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque:

“son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando éstos excedan los sacrificios que se imponen a todos las personas y en su causación interviene una actividad estatal”<sup>145</sup> (...).

Finalmente me gustaría dejar claro, que el Estado no solamente debe hacerse responsable de sus actos cuando estos devienen de conductas ilícitas, si no también lícitas, que al ser ejecutadas rompen el equilibrio de las cargas públicas, tal y como sucede con nuestro tema de estudio, en el sentido de que el poder constituyente originario, está facultado para reformar o crear una nueva constitución, pero con este acto, puede llegar a ocasionar cargas a los ciudadanos

---

<sup>143</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección a, Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Consejero Ponente. Hernán Andrade Rincón.

<sup>144</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de octubre de 1976. Consejero Ponente. Dr. Jorge Valencia Arango.

<sup>145</sup>COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp 10952.

que no están en el deber de soportarlas, por ende, se debe determinar que existe una responsabilidad del Estado por estos perjuicios, sin excepcionare en la teoría de la soberanía, debido a que si esto se sigue aplicando, podemos mencionar que este tendría la facultad de ocasionar daños ilimitadamente, y dentro de un Estado que propugna por la protección de los derechos humanos, estas circunstancias no pueden quedar en la irresponsabilidad.

## 7.2 CONFIANZA LEGÍTIMA

No existe una definición específica de lo que es este valor jurídico; sin embargo, en no pocas ocasiones la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa se han ocupado de su definición, manifestando que la confianza legítima es una expresión de la buena fe y a continuación veremos él porque:

El principio de la buena fe se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 83, en los siguientes términos:

*“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”<sup>146</sup>*

La Corte Constitucional se ha encargado de precisar algunos detalles de este principio:

*El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a*

---

<sup>146</sup>COLOMBIA, Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis.2008. Art. 83

*luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. **La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos.** De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.<sup>147</sup> (Negrilla fuera de texto Original)*

De esta manera se ha entendido que el principio de la buena fe contiene dos manifestaciones: (i) el respeto por el acto propio y (ii) la confianza legítima, En relación con la confianza legítima como una manifestación del principio de la buena fe, la Corte Constitucional ha señalado:

*El principio de la confianza legítima es una expresión de la buena fe consistente en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos pues éstos no existen en la situación en consideración, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían formado con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo.<sup>148</sup>*

Así mismos, se señalado que el principio de confianza legítima es una derivación del principio de seguridad jurídica, del alcance del Estado de Derecho y del principio

---

<sup>147</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004, Magistrado Ponente. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>148</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-1094 de 2005, Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería

de la buena fe, lo cual indica que la confianza que el administrado deposita en la actuación de la Administración es digna de protección y debe respetarse.<sup>149</sup>

### **7.2.1 Finalidad de la Confianza Legítima.**

Este principio busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o reclamar ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades. Esto quiere decir que el principio de confianza legítima es un mecanismo para conciliar los posibles conflictos que surjan entre los intereses públicos y los intereses privados, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y súbitamente elimina dichas condiciones. Así pues, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse.<sup>150</sup>

### **7.2.2 Elementos para que pueda configurarse la Confianza Legítima**

Particularmente, como lo ha señalado la honorable Corte Constitucional se basa en tres presupuestos:

- (i) La necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de*

---

<sup>149</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sentencia con fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015). Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>150</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-1094 de 2005, Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería

*estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.*<sup>151</sup>

En tal sentido, el principio de confianza legítima previene a los operadores jurídicos de “contravenir sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que se generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico”<sup>152</sup>

### **7.2.3 La Confianza Legítima como título de imputación de la Responsabilidad del Estado por los Actos del Poder Constituyente**

Si bien la infracción de la confianza se estableció en la actualidad, como una fuente de responsabilidad por el hecho del legislador, muy recientemente. Cabe resaltar Como ya lo hemos señalado anteriormente, pero con el fin de precisarlo, el principio de confianza legítima se fundó como un elemento dentro del poder político, pero al consagrarse dentro de la constitución se transfiguró en jurídico lo que conlleva a orientar toda actuación del Estado.

Es en este sentido que la confianza moldea las relaciones entre Estado y la sociedad, significando con ello que toda regulación de índole que sea, incluyendo las normas constitucionales, están imbricadas de tal principio.

Por ello, como la afirma el doctor Wilson Ruiz Orejuela:

---

<sup>151</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 2000, Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis

<sup>152</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

Si el pueblo soberano faculto a unos órganos determinados para reformar la constitución, la sociedad destinaria de la misma, confía en que debe hacerse según los lineamientos formales y materiales para ello. O si la facultad fue para sustituirla, la Asamblea Nacional Constituyente no puede desconocer los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el *Ius Cogens*. El no hacerlo, frustra la confianza y, si a pesar de la corrección de esa defraudación por parte del poder de revisión de la Constitución, a través del control jurisdiccional al cargo de la Corte Constitucional al declarar inexecutable la reforma, por vicios de procedimiento, o por el exceso de la facultad de revisión y, si con ello se genera un daño es natural que este tenga que ser indemnizable a la víctima.<sup>153</sup>

En este sentido, El nuevo título de imputación tal y como lo señala el tal y como lo señala el Profesor universitario Sergio Rojas Quiñones, que este puede sobrevenir de la defraudación de uno de dos elementos.<sup>154</sup>

1. **Las expectativas legítimas**, entendidas como situaciones encaminadas “a la formación de un derecho subjetivo, conformadas por aquellas esperanzas legítimas que surgen del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada expresado en la constitución de los hechos previstos en la ley para la adquisición del derecho y que, a pesar de no haber ingresado aún el derecho en el patrimonio del sujeto, ofrecen la certeza de que recorrido el camino de los hechos jurídicos se constituirá el derecho.
2. **Los estados de confianza**, esto es, “los que se crean en el ámbito del sujeto a partir de comportamientos uniformes del Estado que se caracterizan por ser actos objetivos, externos, claros, tangibles, inequívocos, reales, lo

---

<sup>153</sup> RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente, 1 Edición, Eco ediciones, Bogotá, 2015, pg. 188.

<sup>154</sup> ROJAS QUINONEZ, Sergio. La confianza defraudada por la expedición de una ley es indemnizable, revista jurídica, *Ámbito Jurídico*, Bogotá, 2016. [en línea] [Consultado 18 de junio de 2017], disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/la-confianza-defraudada-por-la-expedicion-de-una-ley-es-indemnizable>.

suficientemente concluyentes que orientan al ciudadano hacia una determinada conducta” y que deben tutelarse aun si la misma es ilícita.

Por lo que, La reparación variará según la conducta en la que haya incurrido la administración. Así, si se trató de una trasgresión de las expectativas legítimas, el administrado podrá solicitar la indemnización del daño por la pérdida de la oportunidad de consolidación de su derecho. Por su parte, si se trató del desconocimiento de un estado de confianza, se deberá reparar la frustración de la actividad que había sido tolerada o permitida por la administración.

Para aterrizar más la idea, es necesario traer a colación la Sentencia con fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), consejero Ponente: Dr. Diego Younes Moreno, en la cual se analiza “si como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1º de diciembre de 1991, impidiéndole así completar el período electoral para el que había sido inicialmente elegido, se puede llegar a configurar una responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, acá podemos llegar a determinar que se encontraba en un estado de confianza legítima, debido a que había sido elegido como senador, pero esta se ve frustrada al ser suspendida su investidura por una acto del poder constituyente.

Por lo tanto, el senador podía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de reparación directa, en busca de que se le reparase los daños ciertos e injustificados, que tal y como le exige el Consejo de Estado, hace falta que el administrado haya sido impactado en su esfera patrimonial o extrapatrimonial y que el Estado no hubiere ejercitado ningún acto para permitir la adaptación o la adecuación frente a la nueva situación, como es el caso del presente caso citado, se privó de seguir recibiendo su remuneración como senador y no se le brindaron nuevas posibilidades que atenuaran los perjuicios causados y por ende

debe surgir la obligación de reparar a cargo del Estado, que sufrió por la defraudación de la confianza legítima por parte de la sustitución de la Constitución.

y en el caso, de que esta acción no prospere, como es de esperar frente al contexto gris que se presenta actualmente frente a la responsabilidad del Estado por actos del constituyente originario, y que fue lo que en la realidad ocurrió frente al caso que cito para dar mayor claridad a la posibilidad de tener el principio de la confianza legítima como un título de imputación de responsabilidad, puede además, acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos , para buscar previa declaratoria de la vulneración de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el restablecimiento de los derechos vulnerados.

En este contexto descrito, la confianza legítima podría obrar como título de imputación jurídica, atribuible al Estado Colombiano, por los actos del poder constituyente originario, por la violación de los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, a canalizar a través de las acciones respectivas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en donde se ejercería un control de convencionalidad, al examinar una situación en particular.<sup>155</sup>

### **7.3 Falla del Servicio.**

Se fundamenta como una responsabilidad directa, la cual consiste como lo refiere el gran maestro Libardo Rodríguez, en la producción de un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente, 1 Edición, Eco ediciones, Bogotá, 2015, pg. 196.

<sup>156</sup> RODRÍGUES, Libardo, Derecho Admirativo general y colombiano, Decimoséptima edición, Ed. Temis, Bogotá, 2011. Pg.544.

Frente a lo cual el Consejo de Estado ha referido:

*(...)ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.<sup>157</sup>*

Así mismo afirma:

*Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.<sup>158</sup>*

Con el fin de ir cerrando este acápite, y de afirmar nuestra posición frente de cual o cuales son los regímenes de responsabilidad en los cuales puede fundarse la responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente, podemos mencionar lo siguiente:

---

<sup>157</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Subsección A. Sentencia del siete (7) de abril de dos mil once (2011). Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>158</sup> *Ibíd.* p. 21.

Puede precisarse, que los regímenes en los que puede encontrar sustento este tipo de responsabilidad, obedece al daño especial, entendido como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. Que es de carácter objetivo.

También podía encontrar sustento en la falla del servicio, que es de carácter subjetivo, en el sentido de que el poder constituyente originario, se estableció un mandato político, por parte del pueblo para que llevaran a cabo una reforma de la constitución que obedeciera a los valores de equidad, buena fe.

Por ello, la asamblea constituyente no tenía total libertad, debido a que sus nombramientos estaban orientados a cumplir con las funciones para las cuales habían sido designadas, con la advertencia de que no ser así, serían sustituidos.

Por lo que apoyados en la ideas del Maestro Juan Carlo Henao, en cuanto a que la falla del servicio también podría ser utilizada como la base para poder decretar la responsabilidad por actos del constituyente, en el sentido de que estos desarrollen su funciones de manera irregular, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo, y como consecuencia de ello la reforma constitucional efectuada tenga que declararse invalidada.

## CAPITULO OCTAVO

### 8. MEDIO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VICTIMAS CON OCASIÓN DE LOS ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE

Una vez hemos determinado el régimen de responsabilidad aplicable al Estado por la función del poder constituyente, nos centraremos en determinar que medio o medios son los más adecuados para que la víctima del daño antijurídico, pueda acudir ante la jurisdicción para la reparación de sus perjuicios.

Lo que interesa ahora es determinar cuál es el origen del daño para ilustrar mejor, cuál sería el medio de reparación procedente, que podrían interponer las víctimas de los daños ocasionados por el poder constituyente, puedo, por lo tanto, referirme a los medios consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, verbigracia:

*Si el daño proviene de una decisión ilegal de la Administración (acto administrativo), la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho. (Artículo 138 del CPACA).*

*Si el daño proviene de una relación contractual (incumplimiento del contrato, actos contractuales, etc.), la acción para reclamar será la relativa a controversias contractuales (art. 141. CPACA).*

*Si el daño no proviene de alguna de las dos circunstancias anteriores sino que es originado en un hecho, omisión, operación administrativa o de la ocupación de un bien por parte de la Administración, la acción correspondiente será la de*

*reparación directa (art. 140, CPACA). En estos casos, pues, no se está cuestionando la legalidad de acto administrativo alguno.*<sup>159</sup>

Frente a este último postulado, nos conviene detenernos un momento a fin de profundizar más en este medio de control, debido a que el origen del daño se desarrolla en los hechos u omisiones del constituyente, y pues análogamente cabe preguntarse si es el medio más acertado a utilizar por la víctimas, para lo cual vamos a profundizar en esta acción en específico.

## **8.1 MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA**

De conformidad al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, el medio de control Reparación directa, es el medio a través del cual, cualquier persona con interés podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado

Al respecto conviene decir que ha entendido nuestra jurisprudencia por el término de “reparación”, al respecto conviene traer a colocación la sentencia C-715 de 2012, en la cual se afirmó:

*(...) “las obligaciones de reparación incluyen, en principio y de manera preferente, la restitución plena (restitutio in integrum), que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales”.*<sup>160</sup> (...)

Anotaré con sano criterio el pronunciamiento tan preciso que realiza el maestro Juan Carlos Henao, en unos de sus Artículos, publicados en la Revista de Derecho Privado de la Universidad del Externado, donde afirma el referido: (...) “ que el

---

<sup>159</sup> SARMIENTO NICHOLLS, Tatiana. La Acción de Reparación Directa. Consejo de Estado.

<sup>160</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas silva.

estudio de las formas de reparación no coincide con el de la tipología de daños. Las formas de reparación se aplican a los rubros del daño, pero formas de reparación y daño no son conceptos sinónimos. Una cosa es admitir la presencia de un determinado daño, como pueden ser, para citar algunos ejemplos, el moral, el lucro cesante o el daño a la vida de relación, y otra cosa es estudiar cómo la jurisprudencia de un determinado país busca su reparación”<sup>161</sup>

Aquí hemos de referirnos a las dos formas de reparación aceptadas por nuestro ordenamiento jurídico y atendiendo además a la coincidencia dentro de la Doctrina nacional y que obedece a que se puedan presentar respecto de las formas concretas de reparación, la reparación pecuniaria y la reparación en especie o *in natura*, que son las más aceptadas dentro de la Concepción del Consejo de Estado.

Para los fines de nuestro argumento, en lo referente a determinar la acción de reparación directa como el medio más acertado para la reparación de las víctimas con ocasión de la función del constituyente, pasemos a observar sus características.

### **8.1.1 Características del medio de control de Reparación Directa**

- **Es una acción indemnizatoria:**

La acción de reparación directa hace parte de las acciones indemnizatorias o de responsabilidad estatal, al lado de Ella acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual; una modalidad suya es también la acción de repetición a favor del mismo Estado. (...)

---

<sup>161</sup> J. C. Henao, "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10.

- **Medio de reclamación directa**

El medio de control de reparación directa se llama así, porque el afectado puede demandar directamente; es decir, sin tener que efectuar previamente una reclamación a la Administración. Esta característica la hace distinta a regímenes extranjeros como el francés y el español, en los cuales sí se exige la “decisión previa”, es decir que el afectado debe elevar una petición y provocar un pronunciamiento de la Administración.<sup>162</sup>

- **Término de caducidad:**

El medio de control de reparación directa, tiene un término de caducidad de 2 años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.<sup>163</sup>

- **Aplicación del principio *IURA NOVIT CURIA*:**

Otra distinción con la acción de impugnación de actos administrativos, radica en el hecho de que el medio de control de reparación directa no le corresponde al afectado exponer los fundamentos jurídicos de su reclamación: normas violadas y concepto de la violación, tan sólo los hechos constitutivos del daño por el cual reclama la indemnización de perjuicios respectiva; opera en este caso el principio *iura novit curia*, correspondiéndole al juez establecer cuál es el régimen de responsabilidad aplicable<sup>164</sup>. (...)

Para ilustrar mejor, nos permitimos traer a colación algunos pronunciamientos del Consejo de Estado donde el medio de control utilizado para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso ha sido nuestro medio bajo estudio, es así como en

---

<sup>162</sup> SARMIENTO NICHOLLS, Tatiana, La Acción de Reparación Directa, Consejo de Estado.

<sup>163</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c, Sentencia del día nueve (9) de mayo de 2011, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>164</sup> SARMIENTO NICHOLLS, Op. Cit., p. 12

sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), el honorable Consejo de Estado arguyó:

*La procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde. **En cambio, cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante lo cual causa un daño, ese daño sólo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando de él pueda predicarse el carácter de antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración que debe tener lugar en el ámbito de una acción de reparación directa.**<sup>165</sup>*  
(Negrilla fuera de texto).

Por lo que suele decirse que para que puedan ventilarse esta controversia en sede de reparación directa, sin embargo, para que ello sea procedente es menester que se reúnan fundamentalmente las siguientes condiciones.<sup>166</sup>

i). Que se trate de un acto administrativo legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración;

Por eso puede decirse, que los actos del constituyente aunque se desarrollan dentro de la actuación legítima del Estado de darse su propio ordenamiento, en el

---

<sup>165</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo 2007. Consejera Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>166</sup> *Ibíd.* p. 26.

desarrollo de esta función se pueden llegar a causar perjuicio a los administrados, sin que su actuación esté fuera de la legalidad.

ii).Que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas o violación de la justicia distributiva).

Se comprende que, en muchas ocasiones mediante los actos del constituyente se imparten cargas anormales, que rompen con igualdad entre las cargas públicas que debemos soportar como administrados, frente a lo cual me permito citar unos de los fallos del consejo de Estado, en sentencia de 13 de diciembre de 1995, Rad. S – 470, Actor: Feisal Mustafá Barbosa; en el que se anotó:

*(...) Dimana de lo anteriormente expuesto, que en el sub judice hay lugar a manejar la controversia bajo el principio de la igualdad de las cargas públicas, en razón a que las decisiones de los artículos 1 y 3 transitorios de la nueva Constitución afectaron o perjudicaron, en forma excepcional, a unas pocas personas, a quienes habían sido elegidas como Congresistas en marzo de 1990, so pretexto de ‘beneficiar’ a la comunidad colombiana con las supuestas ‘ventajas’ que tales normas transitorias iban a traerle a la mayoría o generalidad del pueblo colombiano a costa, se repite, del sacrificio económico, político y patrimonial de unos pocos ciudadanos, decisión que por su propio contexto vino a desequilibrar las cargas públicas, haciendo más gravosa la situación de este grupo minoritario, por lo que se impone, mediante la reparación correspondiente, que el propio Estado restablezca el equilibrio de las denominadas cargas públicas.(...)<sup>167</sup>*

En este sentido, también se expresa que es obvio que en todos los casos en que un acto del poder constituyente siendo legal, vulnere el principio de la igualdad de

---

<sup>167</sup> COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de diciembre de 1995, Rad. S – 470. Consejero Ponente. Diego Younes Moreno. Salvamento de voto de Daniel Suárez Hernández.

todos ante las cargas públicas o implique la concreción y realización de un riesgo en detrimento de los derechos de un administrado, o se defraude la confianza legítima, sin la necesidad que la conducta sea ilícita, debe ser reparada y por ende a través de la acción de reparación directa. Pero debido a que como ha sucedido el Consejo de Estado se ha Inhibido a pronunciarse acerca de responsabilidad del Estado por los actos del poder constituyente originario, o niega las pretensiones de la demanda de reparación directa, es necesario comenzar a observar otras posibilidades jurídicas a seguir, como podría ser recurrir a la acción de tutela para buscar al protección de los derechos fundamentales que podrían ser vulnerados por la entidad judicial.

## **8.2 LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIO IDÓNEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y AL DEBIDO PROCESO**

Como lo habíamos señalado anteriormente, que sería procedente la interposición de la acción de tutela por la vulneración de los derechos fundamentales como el acceso efectivo a la administración de justicia y al debido proceso, como consecuencia de la inhibición o rechazo de las pretensiones de la demanda de reparación directa, cuando se pueda comprobar que el Consejo de Estado o los Tribunales Administrativos hayan incurrido en irregularidades al resolver los asuntos de responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente, y que estos vulnere los derechos anteriormente referenciados. Me permito hacer la claridad que con la utilización de esta acción no es que vaya a exigir la reparación de la víctima, por el simple hecho de su no procedencia, pero si se menciona como la posibilidad que tiene la víctima de hacer un llamado al órgano Constitucional, para que le protejan los derecho en mención.

En este sentido, la acción de tutela como el mecanismo más idóneo para protección de los derechos fundamentales, procede contra toda acción u omisión de las

autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales, siempre y cuando el accionante no cuente con otros medios judiciales. Debido al carácter subsidiario y residual de este mecanismo, exige el agotamiento de los recursos al interior de la jurisdicción ordinaria, para su procedibilidad.

Pero como en toda regla hay una excepción, y esta no carece de ella, en cuanto a que legislador ha establecido que la acción de tutela no procede cuando el interesado, cuenta con otros medios judiciales, salvo que la interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando aquel medio no resulta eficaz ni idóneo.

De lo que podemos extraer que solo en casos especiales, es procedente la acción de tutela frente a providencias judiciales, para lo cual se debe acreditar tanto la procedibilidad formal, es decir, que se agotó todos los mecanismos al interior de la jurisdicción posibles para la protección de los derechos alegados, y que como consecuencia de su vulneración se está ocasionando un perjuicio irremediable, pero además se debe demostrar que la entidad judicial contra la que se acciona, que incurrió en algún defecto orgánico o de falta de competencia, o que incurrió en falta de motivación o vulneración de la constitución política.

También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito. No es procedente en todos los casos, en vista a que hay que desplegar cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos, para decretar o no su procedibilidad. Es decir, que primero hay que agotar en cuanto a nuestra temática todas las vías posibles frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De allí, que una vez acreditados estos presupuestos, se sustenta la vulneración de los derechos fundamentales, por la irregularidad en que pudo caer la entidad judicial a resolver la demanda de reparación directa.

Dentro de este contexto, de interposición del medio constitucional, de cara a la inhibición para pronunciarse acerca de la responsabilidad del constituyente, el honorable Consejo de Estado en sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004), Consejero ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, referida a la supresión del Tribunal Administrativo del cual era magistrado el accionante, Dr., Álvaro Cerón Coral, dicho tribunal fue creado en virtud del artículo 73 del acto legislativo número uno de 1968, que reformó el artículo 217 de la Constitución Política de 1886 y reglamentado mediante la ley 20 de 1972, y suprimido por la Asamblea Nacional Constituyente, que dio origen al Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta estos supuestos, el magistrado podría fundar su solicitud del medio constitucional en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, como consecuencia de la irregularidad sustantiva, la vulneración directa de la Constitución, como quiera que el consejo de Estado ha incurrido en la no aplicación de principio de la dignidad humana, en garantizar un orden político y social justo, que se sustentan por los daños sufridos por el magistrado debido a la supresión del cargo por el acto del poder constituyente originario. Incluso se podría además alegar la interdicción arbitraria, como quiera que la entidad se funda en la teoría de la soberanía del poder constituyente.

Incluso se podía llevar a establecer una irregularidad fáctica, por la no valoración de la existencia de una expectativa legítima, o confianza legítima en el sentido que el magistrado, tenía seguridad que había sido elegido para el cargo, por lo cual lo iba

ocupar durante todo el periodo del mismo, lo cual fue defraudado por el acto del poder constituyente.

Mencionada acción debe, presentarse ante el Consejo de Estado, y el fallo emitido por este órgano debe ser remitido para su respectiva revisión a la Corte Constitucional.

Aun si se persiste por parte a la entidad judicial en denegar también la acción de tutela, abre la posibilidad de poder acudir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como lo hemos señalado en el acápite de la validación de la hipótesis.

## 9. CONCLUSIONES

De conformidad a lo manifestado a lo largo del presente escrito, se ha logrado demostrar la existencia de los fundamentos suficientes para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del Poder Constituyente Originario, como consecuencia lógica de un Estado fundado en principios fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad y la autolimitación del poder público.

De ahí que, en este escenario el Estado debe encaminarse hacia la protección y garantía de los derechos de los asociados con el fin de lograr evitar la arbitrariedad e impunidad, logrando así crear un replanteamiento a la teoría de irresponsabilidad del Estado como lo ha venido afirmado el Consejo de Estado y, con ello la afirmación de una teoría sólida que nos permite entablar la responsabilidad patrimonial del Estado por esa clase de actos.

Con el surgimiento de la dignidad humana, y la garantía de los derechos fundamentales y la inmunidad de los derechos humanos, como límites al poder constituyente, la soberanía concepción que se venía manejando para sustentar la irresponsabilidad, debió ceder frente a las restricciones de los convenios e instrumentos internacionales de derechos humanos y de *ius cogens*, de allí que cuando los actos del poder constituyente se desliga de tales límites y causa un daño, debe estar en la obligación de reparar a la víctima, bajo los postulados del artículo 90 de la constitución política.

Por otro lado, los actos del poder constituyente deben ser el fiel reflejo de la confianza que ha depositado el pueblo con el fin de materializar la dignificación humana, mediante la sustitución de la constitución, en cabeza de la Asamblea Nacional Constituyente, por lo que el desarrollo de mencionado principio se desarrolla mediante la expectativas legítimas, las cuales se fundamentan en

razones válidas que al cumplirse algunas exigencias, podrán convertirse en derechos y, si esa finalidad de encontrar el bienestar para todos los asociados se ve truncada, se crea la defraudación de la confianza legítima, que de conllevar a la creación de daños injustos, deben ser reparados, por lo que en ese orden de ideas la confianza legítima podía obrar como título de imputación jurídica.

De la misma manera, el régimen aplicable para los actos del poder constituyente originario es el objetivo, mediante el daño especial como título de imputación, debido a que las actuaciones del poder constituyente son lícitas y legítimas, pero en el evento que se generen hechos que rompan el equilibrio de las cargas públicas y lleve consigo la producción de un daño injustificado, deberán ser debidamente reparados.

El medio idóneo de reparación, para que las víctimas puedan acudir a reclamar la indemnización de perjuicios, es el de la Reparación Directa, como quiera que el daño se produce dentro de una actuación legítima; la acción de tutela como medio idóneo e eficaz, para el restablecimiento de los derechos fundamentales, que como se pudo observar están siendo vulnerados por el rechazo de la demanda de reparación o de la negación de las pretensiones por parte del Consejo de Estado.

Pero como quiera, que nuestro Consejo de Estado no está asumiendo las demandas de reparación directa, y una vez agotadas cada uno de las acciones y recursos frente a la jurisdicción, sin tener ninguna solución, es viable acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para acceder a la reparación respectiva. Toda vez, que el aparato jurisdiccional interno resulta ineficiente e ineficaz a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los actos del poder constituyente.

## BIBLIOGRAFÍA

- GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Quinta ed. Bogotá: Temis. 2011. Citado en: JIMÉNEZ, William. Origen y Evolución de las Teorías de la Responsabilidad Estatal. En: Revista Diálogos de Saberes, Bogotá, 2013: Universidad Libre. P. ISSN: 0124-0021.
- GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, Responsabilidad Extracontractual del estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho, UIS Humanidades, Vol. 40, núm. 2. (2012).
- GONZÁLEZ NORIEGA, Olga Cecilia, Responsabilidad extracontractual del estado. una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho, Revista UIS Humanidades. Vol. 40, núm. 2. 2012, [en línea] [Consultado 5 de junio de 2017], disponible en: <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/issue/view/370>,
- HENAO, Juan Carlos, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Universidad del Externado, Bogotá, 2007.
- JIMENÉZ ANDERSON, María Camila, CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Alcira Julieth, La Responsabilidad del Estado por la función constituyente: El caso Colombiano. Grupo de Estudios en Derecho Administrativo, GEDA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.
- Laferrière, Édouard. Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux, Vol. II, París, LGDJ, 1888, p. 12 citado por J. A. Santamaría Pastor “La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador”, Revista de Administración Pública, No. 68, 1972, p. 73.
- MARTINEZ TAMAYO, Catalina y MARTÍNEZ RAVE Gilberto, Responsabilidad Civil Extracontractual, Undécima Edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2003.
- MOTTA CASTAÑO, Deissy, AMAYA BARACALDO, Diego, Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Colombiano por Violación a los Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Colombia, Grupo de Investigación Derecho Público Horizonte Autónomo, Bogotá, Colombia, 2011.

- RAMOS ACEVEDO, Jairo, Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Leyer, Bogotá, Colombia, Pg. 11
- RISSO FERRAND, M. (2005). Responsabilidad del Estado causados en el Ejercicio del Poder Constituyente. Bogotá: Seminario Internacional de Derecho Constitucional: Reforma Constitucional. Pontificia Universidad Javeriana.
- RIVERO, Jean. Derecho administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Instituto de derecho público, 1984.
- RODRÍGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá, Ed. Temis, 2005.
- TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique, Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Legislador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Capítulo XIV “Responsabilidad del Estado” Derecho administrativo. 11. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

## JURISPRUDENCIA

- CONSEJO DE ESTADO, (1976, octubre), “Expediente No. 1482”, C. P. Valencia Arango.
- CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c, Sentencia del día nueve (9) de mayo de 2011, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Subsección A. Sentencia del siete (7) de abril de dos mil once (2011). Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 1998-00612 de 2013, Consejero ponente, Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia con fecha once de febrero de dos mil nueve (2009), Consejero ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 15 de mayo de 1975, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Carlos Portocarrero Mutis.
- CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 28 de octubre de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Jorge Valencia Arango.
- CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 30 de septiembre de 1960, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Francisco Eladio Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del día ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), Consejera Ponente, Ruth Stella Correa Palacio.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del día ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), Consejera Ponente, Ruth Stella Correa Palacio.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Radicado, 2002 03487 01, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-08318-01(12551). Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 13 de diciembre 1995. Radicación número: S-470. Consejero ponente: Diego Younes Moreno.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 28 de octubre de 1976. Consejero Ponente, Dr. Jorge Valencia Arango. Exp 1482.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Subsección a, Sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación N° 1255. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de julio de 1947, expd. N° 5396, C.P.: Gustavo Valbuena. Actor, El Siglo S.A.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 7 de julio de 2011. Radicación N° 1970. Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz.
- CONSEJO DE ESTASO, Sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011), Rad. 1998-03400-01, Consejero Ponente, Dr. Hernán Andrade Rincón.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-250 de 2012, Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 333de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 067 de 2003, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 430 de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 644 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C C-038 de 2006, Magistrado Ponente, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C C-038 de 2006, Magistrado Ponente, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-043 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-131 de 2004, Magistrado Ponente. Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE COSNTITUCIONAL, Sentencia C-535 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos Vs. Perú.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), Referencia 2002-01011-01, Magistrado Ponente, Arturo Solarte Rodríguez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 21 de julio de 1922. Magistrado Ponente, Dr. Tancredo Nannetti.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de junio 30 de 1962, Sala de Casación Civil. En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia octubre 28 de 1976. CP Dr. Jorge Valencia Arango.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 2001-01054-01, Magistrado Ponente, Dr. William Namén Vargas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968, Citada por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC10297-2014, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de junio 30 de 1962,. Sala de Casación Civil. En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia octubre 28 de 1976. CP Dr. Jorge Valencia Arango.
- Salvamento de voto de Daniel Suárez Hernández a la Sentencia de 13 de diciembre de 1995, Rad. S – 470, Actor: Feisal Mustafá Barbosa, C.P. Diego Younes Moreno.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sentencia del 26 de Enero de 2004, Consejero ponente, Dr. Jorge Arango Mejía.