

**RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN
COLOMBIA**

**CRISTIAN FERLEY BAUTISTA GONZÁLEZ
JORGE DÍAZ CUJIA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2006**

**RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN
COLOMBIA**

**CRISTIAN FERLEY BAUTISTA GONZÁLEZ
JORGE DÍAZ CUJIA**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial
Para optar al título de Abogado**

**Director
Dr. LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2006**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	3
1.1 RECONOCIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	4
1.2 EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA	8
1.3 RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	12
1.3.1 Responsabilidad del Estado por la Función Constitucional	12
1.3.2 Responsabilidad del Estado por la Función Administrativa	13
1.3.2.1 Régimen Subjetivo. Falla del Servicio	13
1.3.2.2 Régimen objetivo de Responsabilidad Extracontractual del Estado	15
1.3.3 Responsabilidad del Estado por la Función Jurisdiccional o la Administración de Justicia	20
1.4 LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DAÑO ANTIJURÍDICO.	23
1.4.1 Cláusula General de Responsabilidad Estatal	23
1.4.2 El Daño Antijurídico	25
2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL	30
2.1 ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO	30
2.2 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA	38
2.2.1 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de octubre de 1990	38
2.2.2 Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 12 de noviembre de 1992	39
2.2.3 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 13 de diciembre de 1995.	39
2.2.4 Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 16 de octubre de 1996	40
2.2.5 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 25 de agosto de 1998	43
2.2.6 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de noviembre de 2001	45
2.2.7 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 26 de septiembre de 2002	46
2.2.8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de quince de mayo de 2003	47
3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA	50

3.1	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	50
3.2	ACERCAMIENTO A UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	56
3.2.1	Régimen de Responsabilidad Subjetiva: Responsabilidad por Ley declarada inconstitucional y omisión legislativa	64
3.2.1.1	Responsabilidad Legislativa por Ley declarada inexecutable	64
3.2.1.2	Responsabilidad por omisión legislativa	66
3.2.2	Responsabilidad por Ley Constitucional.	70
	CONCLUSIONES	75
	BIBLIOGRAFÍA	84

RESUMEN

TITULO: RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA*

AUTORES: CRISTIAN FERLEY BAUTISTA GONZÁLEZ **
JORGE DÍAZ CUJIA **

AUTOR:

PALABRAS CLAVES:

Responsabilidad del estado
Función legislativa
Cláusula general de responsabilidad
Daño antijurídico
Omisión legislativa

DESCRIPCIÓN

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia tuvo su origen principalmente en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y fue éste quien delimitó los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, derivándolo inicialmente de la normatividad civil y posteriormente concediéndole independencia, distinguiendo entre el régimen subjetivo y el régimen objetivo de responsabilidad, cada uno con múltiples posibilidades, como la falla del servicio, presunta y probada, la presunción de responsabilidad, el riesgo excepcional, entre otros.

El objetivo es estudiar a partir de la Constitución Política de 1991 el grado de responsabilidad del Estado por la función legislativa, el procedimiento para hacer efectiva tal responsabilidad y, sobre todo, los casos en que procede reclamar la responsabilidad del Estado por esta actividad. Como primera medida se hace una aproximación al concepto de responsabilidad jurídica y se presenta un resumen del proceso evolutivo del reconocimiento de la responsabilidad del Estado, desde sus inicios de irresponsabilidad hasta su reconocimiento casi total, y especialmente como ha sido su aplicación en Colombia desde el siglo XIX, pasando por la creación jurisprudencial de regímenes de responsabilidad extracontractual, hasta la actualidad con la consagración constitucional del régimen de responsabilidad del Estado basado en el daño antijurídico (artículo 90 Constitución Política de 1991), donde se analizarán los conceptos de Cláusula General de Responsabilidad Estatal, Daño antijurídico y nexo causal.

b) Régimen objetivo, o responsabilidad por ley constitucional que causa daño antijurídico.

* Proyecto de Grado. Director: Dr. LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA.

SUMMARY

TITLE: STATE RESPONSIBILITY DERIVED FROM THE LEGISLATIVE FUNCTION IN COLOMBIA

**AUTHOR: CRISTIAN FERLEY BAUTISTA GONZÁLEZ
JORGE DÍAZ CUJIA**

KEYWORD:

Responsabilidad del estado
Función legislativa
Cláusula general de responsabilidad
Daño antijurídico
Omisión legislativa

DESCRIPTION

The extracontractual responsibility of the State in Colombia mainly had its origin in the jurisprudence of the Maximum Contentious Court of the Administrative thing, and was this one who delimited the regimes of extracontractual responsibility of the State, deriving it initially from the civil normatividad and later granting to him to independence, distinguishing between the subjective regime and the objective regime of responsibility, each one with multiple possibilities, as the fault of the service, presumed and proven, the responsibility presumption, the exceptional risk, among others. The objective is to study from the Political Constitution of 1991 the degree of responsibility of the Be in favor of the legislative function, the procedure to make such responsibility effective and, mainly, the cases in that it comes to demand the responsibility of the Be in favor of this activity. As first measurement becomes an approach to the concept of legal responsibility and appears a summary of the evolutionary process of the recognition of the responsibility of the State, from its beginnings of irresponsibility to its almost total recognition, and specially since it has been his application in Colombia from century XIX, happening through the jurisprudencial creation of regimes of extracontractual responsibility, to the present time with the constitutional consecration of the regime of responsibility of the State based on the antilegal damage (90 article Political Constitution of 1991), where the concepts of General Clause of State Responsibility will be analyzed, antilegal Damage and causal nexus. b) objective Regime, or responsibility by constitutional law that causes antilegal damage.

* Proyecto de Grado. Director: Dr. LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA.

INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas de la historia jurídica de Colombia está caracterizada por la búsqueda de una mejor justicia como requisito sine qua non del desarrollo social y de la pacificación de nuestro país. Muestra de ello son los cambios de tipo constitucional y normativo. Con la expedición de la Constitución de 1991 se abrieron grandes expectativas, en especial, para este trabajo sobre la posible ampliación de la responsabilidad del Estado. La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia tuvo su origen principalmente en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y fue éste quien delimitó los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, derivándolo inicialmente de la normatividad civil y posteriormente concediéndole independencia, distinguiendo entre el régimen subjetivo y el régimen objetivo de responsabilidad, cada uno con múltiples posibilidades, como la falla del servicio, presunta y probada, la presunción de responsabilidad, el riesgo excepcional, entre otros.

La jurisprudencia, la doctrina y la ley colombiana han desarrollado ampliamente la responsabilidad del estado con ocasión de la función ejecutiva y la función judicial, no así de la función legislativa, la cual ha sido rezagada de análisis profundo.

Así mismo, el legislador y la jurisprudencia se han mantenido estáticos manteniendo en algunos ámbitos la situación vergonzosa de irresponsabilidad del Estado del antiguo régimen, desconociendo la evolución que se ha logrado en este tema a partir de la revolución francesa, que si bien no logró la total responsabilidad del Estado, a partir de ella se abrió espacio a un cambio de pensamiento sobre los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio del poder del Estado y la necesidad de imponer límites a éste, bajo el reconocimiento de que el Estado puede causar daños a los ciudadanos y cuando ello ocurre tiene la obligación de repararlos.

Olvida nuestra jurisprudencia que el derecho, es una disciplina dinámica y cambiante, por lo cual no debe considerarse un producto terminado, sino siempre en disposición de formular nuevas propuestas, a partir de la problematización de los paradigmas tradicionales. Este trabajo parte de la necesidad de romper viejos paradigmas y vencer obstáculos que se han enquistado en la administración de justicia, reconociendo que ello se logra a través de la crítica y discusión de las posiciones tradicionales, con la seguridad que la constancia de la doctrina y los abogados litigantes en la exhibición de argumentos y razones fuertes puede convencer a otros de la verdad que se sostiene.

El objetivo es estudiar a partir de la Constitución Política de 1991 el grado de responsabilidad del Estado por la función legislativa, el procedimiento para hacer efectiva tal responsabilidad y, sobre todo, los casos en que procede reclamar la

responsabilidad del Estado por esta actividad. De esta manera se pretende resolver las siguientes preguntas orientadoras ¿A partir de la Constitución Política de 1991 es verdaderamente responsable el Estado por los actos del Poder Legislativo? ¿En qué medida? ¿Cuáles son los requisitos para la configuración de la responsabilidad del Estado por la función legislativa? ¿Cuál es el título jurídico de imputación de tal responsabilidad del Estado?

En síntesis, este trabajo constituye un esfuerzo por demostrar que en Colombia a pesar de la negativa de la jurisprudencia, a partir de la Constitución de 1991 es posible estructurar una teoría de la responsabilidad del Estado por la función legislativa. Para ello, el documento se dividió en tres partes o capítulos. Como primera medida se hace una aproximación al concepto de responsabilidad jurídica y se presenta un resumen del proceso evolutivo del reconocimiento de la responsabilidad del Estado, desde sus inicios de irresponsabilidad hasta su reconocimiento casi total, y especialmente como ha sido su aplicación en Colombia desde el siglo XIX, pasando por la creación jurisprudencial de regímenes de responsabilidad extracontractual, hasta la actualidad con la consagración constitucional del régimen de responsabilidad del Estado basado en el daño antijurídico (artículo 90 Constitución Política de 1991), donde se analizarán los conceptos de Cláusula General de Responsabilidad Estatal, Daño antijurídico y nexo causal.

El segundo capítulo se dedica a presentar el desarrollo de la responsabilidad del Estado con ocasión de la función legislativa en el derecho comparado, y los antecedentes jurisprudenciales en el caso colombiano, es decir, las sentencias del Consejo de Estado de 18 de octubre de 1990, de 13 de diciembre de 1995, de 25 de agosto de 1998, y de 1 de noviembre de 2001; 26 de septiembre de 2002, y auto de 15 de mayo de 2003, así como las sentencias de la Corte Constitucional C-587 de 12 de noviembre de 1992, C-543 de 16 de octubre de 1996 y C-038 de 2006.

Finalmente, el capítulo tercero es la teoría de la responsabilidad del Estado por la función legislativa en Colombia, en la cual se presenta el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, y se estructura tal responsabilidad partiendo del mecanismo de control de constitucionalidad de la ley por parte de la Corte Constitucional, del cual se presenta una breve sinopsis, bajo dos regímenes: **a) Régimen subjetivo**, el cual se divide en dos según el lineamiento del artículo 90 constitucional, a partir de la acción o la omisión de la autoridad pública que causa un daño antijurídico, responsabilidad por ley declarada inconstitucional y responsabilidad por omisión legislativa. **b) Régimen objetivo**, o responsabilidad por ley constitucional que causa daño antijurídico.

1. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Cabanellas define la responsabilidad en sentido genérico como *“la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado; (o también) el deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa”*.¹

Una de las definiciones de responsabilidad jurídica² mas aceptada es la de Serrano Escobar, *“la responsabilidad jurídica es la que nace por la trasgresión de las reglas jurídicas que constituyen el derecho, las cuales se ocupan de regular las conductas de las personas en relación con las otras personas, y en tanto que las acciones de una injieran en la órbita de acción de la otra y la interfieran, en donde el Estado interviene para dirimir el conflicto en procura del restablecimiento del orden social y la restitución del daño”*³.

Este concepto de responsabilidad jurídica es aplicable tanto a personas naturales como jurídicas, incluidas las privadas y luego de un largo proceso histórico, político y jurídico, las personas jurídicas de derecho público, y como prototipo de ellas, el Estado⁴. Esta estructura de poder denominada el Estado, se encuentra sometida a dos principios básicos: el principio de legalidad y el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado. De un lado, el Estado está limitado en su ejercicio por las libertades individuales de los asociados, lo cual se lleva a cabo a través del derecho, las que además debe garantizar, de otro lado, no basta con la sujeción a la ley, también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente.⁵

1 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho usual. Buenos aires. Editorial Heliasta, 1979. Tomo V. Pág. 735-736. Citado por AGUIAR, Asdrúbal. Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado. Vol. 1 Pág.37.

2 Es necesario advertir, que el vocablo “responsabilidad” comenzó a utilizarse en época muy posterior a la integración orgánica de la teoría de la responsabilidad jurídica. Por ello, la inserción expresa del vocablo en el lenguaje jurídico sólo se dio hasta 1873, en Francia, Pero sólo hasta 1789 fue incluido en el Diccionario crítico de Necker y Féraud. MONTOYA GÓMEZ, Mario. *La responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis, 1977.p.1

3 SERRANO ESCOBAR, Luís Guillermo. *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley, 2000. p. 2.

4 El Estado, como organización socio-política y estructura jurídica del poder público, para los efectos de cumplir y realizar sus fines, se desenvuelve en el orden institucional a través de un conjunto de *órganos*, dirigidos, coordinados y manejados por personas naturales que ostentan la calidad de agentes, funcionarios o autoridades públicas, cuyos actos relacionados con el servicio son imputables directamente al ente político estatal, representado en cada caso por sus entidades u organismos del nivel central y descentralizado. Esto último, en razón a que el Estado se concibe como un ente ficticio impedido para obrar directamente por carecer de entidad material, debiendo hacerlo entonces por intermedio de las instituciones públicas que lo conforman, a quienes en razón de sus objetivos constitucionales la propia Carta Política y las leyes le reconoce la respectiva personalidad jurídica.

5 En este sentido ver sentencia Corte Constitucional C-832/01

1.1 RECONOCIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La responsabilidad jurídica del Estado responde a cada una de las etapas de evolución de la concepción del Estado. El estadio actual es producto de un proceso que evolucionó desde la irresponsabilidad absoluta del Estado en los regímenes monárquicos y absolutistas hasta la responsabilidad casi total del Estado Social de Derecho frente a los daños causados a los asociados. Veamos:

El **Estado Absoluto**, reacción natural contra el feudalismo y su poder altamente disgregado, el Estado-Nación fue la respuesta política a las nuevas realidades en Europa, y las condiciones históricas del Siglo XVI y XVII. Así, en virtud del pacto de enajenación de los derechos individuales nace el *Leviathan*, el Estado soberano que lo protege de los ataques de los otros y que asegura el desarrollo de su actividad o profesión. El Estado es dirigido por un hombre que representa la personalidad de todos los demás, y a él se deben someter todos, el monarca poseía el control total del Estado, y la soberanía recaía en su figura. Bajo el principio *“The King can do no wrong”*, se configuró su irresponsabilidad por los daños que causaren sus decisiones, las cuales por supuesto, eran indebatibles.

A pesar de la importancia de la Revolución Francesa⁶ la irresponsabilidad del Estado no se alteró con el tránsito del Estado absolutista al **Estado liberal**,⁷ como afirma Suárez Hernández, *“está fundamentado [el Estado liberal] en el pensamiento liberal de dejar hacer dejar pasar, lo cual ocasionaba que el Estado no interviniera en las actuaciones de los asociados, bajo el prurito de no afectar su libertad. Esta falta de intervención llevaba necesariamente a la irresponsabilidad del Estado, por cuanto si no actuaba, no podía causar daños”*⁸.

La Revolución Francesa y demás reformas dieron lugar al **Estado de Derecho**, su nacimiento está unido al deseo de los pueblos de restringir el poder arbitrario del monarca, y para ello occidente creó una Ley Suprema que garantizara un gobierno limitado. La Constitución era el Contrato Social protector de las libertades del ciudadano que limitaba la acción del gobierno, esta idea de garantizar los derechos individuales contra el abuso del poder tiene su raíz en la visión contractualista de la

6 “Si bien hubo una traspolación del concepto de soberanía (dejó de pertenecer al rey y pasó al pueblo), también se concibió al pueblo como infalible y a la soberanía sin limitaciones. Esta posición no hizo más que acentuar el despotismo y la irresponsabilidad del Estado”. TODODERECHO, *Dir. Int. cit.*

7 De hecho, el principio de irresponsabilidad del Estado sólo se superó hasta el *arrêt Blanco* de 1873 en Francia por la vía jurisprudencial, y hasta la mitad del Siglo XX por la vía legislativa en el sistema anglosajón (con la *“Federal Tort Claims Act”* de 1946 en el Derecho Norteamericano y la *“Crown Proceedings Act”* de 1947 en el Reino Unido).

8 SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel. Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia. p. 153.

sociedad, esgrimida por varios teóricos liberales que abrieron la discusión sobre las relaciones de poder, sobresalen Locke⁹, Montesquieu¹⁰, y Rousseau¹¹.

Pero fue sólo hasta entrado el Siglo XIX que comenzaron a surgir las concepciones sociales y culturales necesarias para instaurar un nuevo principio de responsabilidad, al menos parcial, del Estado. Con el vigor del naciente constitucionalismo y el principio de separación de poderes paulatinamente se creó la conciencia de que no bastaban las garantías que la Constitución ofrecía para proteger los derechos fundamentales si no se reconocía la responsabilidad del Estado por los daños que cause. Así empezó a aceptarse la responsabilidad personal de los funcionarios por el desempeño de sus funciones con violación de la Ley. La teoría francesa de los actos de gestión y de actos de autoridad abriría las puertas para un esquema de responsabilidad indirecta del Estado¹². Respecto de la responsabilidad personal de los agentes públicos, vale decir que ante la novedad de la figura y el predominio de las teorías civilistas, no se aplicaron los principios del derecho administrativo sino los contemplados por el Código Civil¹³. Por ello, los funcionarios podían ser demandados por quien había sufrido el daño, y ser condenados a la indemnización respectiva, bajo el régimen de responsabilidad civil consagrado en el artículo 1832 del mencionado Código.

Así se mantuvo hasta que el **intervencionismo estatal** comenzó a tomar forma, y en su rol de prestador de servicios públicos, el Estado abrió el debate sobre la posibilidad de indemnizar los daños que en esta labor produjere. Sobre el punto, comenta Suárez Hernández: *“Es con el advenimiento del intervencionismo estatal que se*

9 Locke, en su *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, parte de una idea cardinal. A diferencia de los gobiernos absolutistas, en los que los hombres son súbditos y desiguales, en un gobierno civil los hombres son ciudadanos, es decir, iguales y libres. El poder supremo del gobernante está limitado por la Ley y el Pacto Social. Y si trasgrede estos límites, dado que el Pacto tiene la naturaleza de una delegación, *“le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar los legisladores, si encuentran que actúan de una manera contraria a la misión que se les ha confiado.* LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Aguilar, 1963. p. 169.

10 Montesquieu desarrolla su famosa teoría de la separación tripartita del poder en *La Constitución de Inglaterra*, obra en la que concluye que: a. La libertad es el derecho de hacer lo que las Leyes permitan, b. La Ley impide los abusos de poder, c. La división de poderes es necesaria para garantizar la libertad de los ciudadanos.

11 Rousseau lleva la discusión a su punto más elevado con sus postulados sobre el Contrato Social y la Soberanía Popular. Entiende la ley como *expresión de la voluntad general del pueblo*, de manera tal que la fuerza de la Ley ya no se deriva de la fuerza o del poder atávico de un monarca. La *volonté generalé* es recta porque tiende al bien común. Y si la Ley es su voz, siempre es válida. Esto significa, en términos de subordinación del gobernante a la Ley fundamental: a. El pueblo manifiesta su soberanía en la voluntad general. b. La voluntad general siempre es buena y no se equivoca nunca. c. El pueblo carece de capacidad para legislar, por lo que debe delegar esa función en el *législateur*. d. Dado que el legislador representa al pueblo, las Leyes que profiere son un mandato de todos los ciudadanos, y por ello deben estar orientadas al bien común. e. En consecuencia, si el legislador profiere una Ley que no está orientada hacia el bien común, no tiene validez porque no consulta la voluntad general.

12 Los actos de gestión se regularían con las normas del derecho privado, pues las partes teóricamente se encuentran en situación de igualdad; por el contrario, los actos de autoridad estarían regidos con los principios del derecho público, dada la posición desigual de las partes. Sólo respecto de los primeros se admitió la responsabilidad personal, y la indemnización seguiría el régimen de responsabilidad civil.

13 CCF. “Artículo 1382. Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”.

vienen a sentar las primeras bases para hacer al Estado responsable de los daños que ocasionara con su actuación, cuando sus dependencias se encargan de la prestación de los servicios públicos. En esta etapa constituye un importante antecedente el fallo Blanco, proferido en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, en el cual el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado se aparta del principio de la responsabilidad civil del Código de Napoleón, para comenzar a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público.¹⁴

El “fallo Blanco”¹⁵, significó la ruptura del concepto de responsabilidad del Estado con los principios del Derecho Civil, y la admisión de la responsabilidad directa del Estado a partir de la lógica administrativista.¹⁶ El caso Blanco no representó el reconocimiento de la responsabilidad total del Estado, pero permitió abrirla a los conceptos publicistas ante la limitada noción de “culpa” del derecho civil. Decisiones ulteriores intensificarían los avances, hasta que a comienzos del Siglo XX ya estaba estructurada la teoría de falla o falta del servicio¹⁷. La responsabilidad directa del Estado se convirtió desde entonces en una garantía fundamental del Estado de Derecho.

Lo primero en el siglo XX fue reconocer la necesidad de reparación en los casos de actuación estatal legítima del Estado, esta distinción entre actuación legítima e ilegítima complementó la diferenciación entre responsabilidad contractual, extracontractual, y por omisión, enriqueciendo el ámbito de responsabilidad del Estado con teorías como, expropiación por causa de utilidad pública, igualdad ante las cargas públicas, enriquecimiento sin causa, riesgo excepcional, daño especial, derechos adquiridos y lesión antijurídica resarcible¹⁸.

14 SUAREZ HERNÁNDEZ, *Op. cit.* p. 154.

15 “En esta ocasión, por causa de un accidente de tránsito, el Estado fue demandado ante los jueces civiles para que indemnizara los perjuicios sufridos por la familia BLANCO en razón de las heridas sufridas por la niña INÉS BLANCO quien fue atropellada por un vehículo perteneciente a una fábrica de tabaco del Estado. El prefecto del departamento de Girona planteó el conflicto de competencias y por este motivo intervino el Tribunal de Conflictos”. RAMOS ACEVEDO, Jairo. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali: Universidad Libre, 1994. p. 15.

16 “Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código civil, para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados”. *Ibid.* p. 15-16.

17 “Por ‘falta de servicio’, se entendía que el mismo era el ‘funcionamiento irregular o defectuoso del servicio’, tomando el concepto de servicio público en su acepción amplia, es decir como toda actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituyen la función administrativa.

Por ‘falta personal’ se entendía que era aquella que excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio, y que para su configuración se tiene en cuenta la culpa o dolo del agente público, pudiendo darse tanto cuando se excluya la falta de servicio o cuando se vincule al servicio. Por esta falta personal se responsabilizó a los agentes públicos frente a los administrados y se delimitó la responsabilidad del Estado”. TODODERECHO, *Dir. Int. cit.*

18 TODODERECHO, *Dir. Int. cit.*

Con la Segunda Guerra Mundial se propició el análisis crítico de las Constituciones, con la idea que la Constitución no podía seguir siendo simplemente “organizativa”, pues era urgente consolidar el incipiente proceso democrático¹⁹, lo cual se hizo constitucionalizando los grandes temas del Estado, las grandes preocupaciones sociales del momento (amplias cartas de derechos), dando lugar a los derechos de segunda y tercera generación, pilares del **Estado Social de Derecho**, y la flexibilidad en la aplicación e interpretación rigurosa de la Ley cuando su aplicación vulnera los derechos fundamentales. Y además la Constitución debía servir, no sólo para organizar el poder y establecer su ejercicio, sino también para controlarlo. Lo novedoso es que el control del legislador y el ejecutivo debía recaer sobre un tercer órgano: un Tribunal Constitucional.

A tono con estos cambios de paradigma y asumiendo la tradicional clasificación de las funciones del Estado (administrativa, legislativa, judicial), y concluyendo que las actuaciones ilegítimas como las legítimas puede provocar daño al particular a partir de mitad del siglo XX se fue superando el ámbito meramente administrativo de la responsabilidad estatal, reconociendo paulatinamente que en otras actuaciones del Estado podía caberle responsabilidad, ejemplo de ello es la responsabilidad del “Estado-Juez” (“*error judicial*”²⁰ y “*error proveniente del funcionamiento anormal de la administración de justicia*”²¹) y el “Estado-Legislator” (*responsabilidad del Estado Legislador por Leyes constitucionales*) y “*responsabilidad del Estado Legislador por Leyes declaradas inconstitucionales*”.

Por su parte, en España, el Código Civil de 1889 solo reconocía la responsabilidad del agente del Estado, la responsabilidad del Estado solo se empezó a vislumbrar con la ley de régimen local de 1950 que adoptó la responsabilidad directa del Estado con ocasión de los servicios públicos, y que con la ley de Expropiación de 1954 se consolidó con la llamada cláusula general de responsabilidad del Estado por el servicio normal o anormal del servicio público. Norma que fue elevada a rango constitucional en la Carta superior de 1978, admitiendo tanto la responsabilidad por la lesión resarcible derivada de los servicios públicos. La cual ha sido desarrollada principalmente por García de Enterría²², quien entiende la lesión antijurídica no como una conducta contraria a derecho sino como el menoscabo o perjuicio que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, aislando la responsabilidad independiente de la conducta y de la culpa del agente.

19 SCHNEIDER, Hans Peter. *La Constitución. Función y estructura*. Publicado en AöR, Sonderheft, Deutsche öffentlich-rechtliche Landesberichte, zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1974, Beiheft 1, p. 64 y ss. En: _____ . *Democracia y Constitución*. Prólogo de Luis López Guerra. Madrid: CEC, 1991. p. 40.

20 Se presenta en las decisiones de los jueces sobre temas sustanciales, v.gr. orden de detención preventiva, sentencia condenatoria, sentencia que ordena un lanzamiento); 20 SUÁREZ HERNÁNDEZ, *Op. cit.* p. 166.

21 El daño lo produce una actuación “que tiende al adelantamiento de los procesos en los cuales se decide sobre un derecho sustancial.” 21 SUÁREZ HERNÁNDEZ, *Op. cit.* p. 166.

22 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Thomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1993, Tomo II, pág. 371 y 372.

1.2 EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

El Estado colombiano se consideró irresponsable hasta finales del Siglo XIX. La evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano ha sido eminentemente jurisprudencial, solo hasta el 20 de octubre de 1898, nuestra Corte Suprema de Justicia²³ reconoce que las personas morales, sean de derecho público o privado, pueden indirectamente ser responsables por la culpa de sus agentes o subordinados, lo cual fue deducido en aplicación de los artículos 2347 y 2349 del C.C., con base en la "culpa in eligendo" o en "la culpa in vigilando".²⁴ Es lo que se denomina **responsabilidad aquiliana o indirecta**, los elementos de esta responsabilidad fueron los siguientes:

"a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas.

b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;

c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;

d) Existe, además una responsabilidad personal del autor de daño frente a la víctima;

e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;

f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos; y,

g) Le sirven de arraigo a esta doctrina especialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados ajenos".²⁵

23 Ello debido a que la competencia para conocer de procesos contenciosos en que era parte la Nación fue conferida por el artículo 151 de la Constitución de 1886 a la Corte Suprema de Justicia. La ley 130 de 1913 reconoció competencia residual al Consejo de Estado. Y la ley 38 de 1918 le asignó las reclamaciones por expropiación o daños en bienes ajenos.

24 Se repite esta tesis en diversas sentencias, entre otras en las de julio 19 de 1916, 17 de junio de 1938, mayo 12 de 1939, junio 30 de 1941, noviembre 26 de 1941, febrero 25 de 1942, octubre 28 de 1943, agosto 27 de 1943, abril 20 de 1944, noviembre 5 de 1952, julio 4 de 1957 y febrero 2 de 1959, sin que sobre agregar que la misma responsabilidad indirecta aunque también se hable de la responsabilidad por "fallas del servicio", fue admitida en sentencia de 30 de junio de 1941 y marzo 3 de 1942.

25 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sentencia de 12 de diciembre de 1986, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente N° 4910.

Esta responsabilidad indirecta fue desestimada por la jurisprudencia, la que señaló en su momento. *"De los vínculos entre la persona de derecho público o privada; que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución y sus agentes, no puede decirse lo mismo que predicen dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos.(...) se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes."*²⁶

La sentencia de casación de agosto 21 de 1939, marcó el paulatino abandono de la responsabilidad indirecta, y el reconocimiento de la **responsabilidad directa del Estado**, a partir de la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, sin que dejara de reiterarse en otros fallos, la tesis de la responsabilidad indirecta.²⁷ Tal doctrina directa se expresó así:

"a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia, diligentes, propias de la responsabilidad de los hechos "ajenos" de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito) hecho de terceros o culpa de la víctima;

d) Responden del daño solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquélla puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

*f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual."*²⁸

²⁶ Ibid.

²⁷ Así aparecen, entre otras sentencias, las de noviembre 18 de 1940, julio 10 de 1942, abril 7 de 1943, mayo 26 de 1944, noviembre 28 de 1944, abril 18 de 1945, abril 11 de 1946, septiembre 30 de 1946, octubre 30 de 1946 y octubre 18 de 1960.

²⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sentencia de 12 de diciembre de 1986, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente N° 4910.

Posteriormente, la tesis de responsabilidad directa del Estado sufrió modificaciones, veamos:

- En relación con las personas morales tanto de derecho privado como de derecho público, se adoptó la "**tesis organicista**", según la cual, los agentes de la persona moral se dividen en representantes legales, directores o depositarios de la voluntad de la misma, cuyos actos y omisiones se confunden con los actos y omisiones de la persona moral y por eso ésta responde al tenor del artículo 2341 del C.C., como hechos u omisiones propios, es decir, se configura la responsabilidad directa y en auxiliares o dependientes o subalternos que, por sí solos, no comprometen jurídicamente al ente moral, en forma indirecta, por el hecho ajeno, conforme a los artículos 2347 y 2349 del C.C. Esta tesis no tuvo mucha acogida, se consideró que era artificiosa e inequitativa.²⁹
- Como consecuencia de la concepción del Estado como prestador de servicios públicos, se afirmó en sentencia de agosto 21 de 1939 que el Estado compromete su responsabilidad no por la culpa de sus agentes o subordinados - criterio subjetivo - sino por la simple falla, irregularidad o ineficiencia en la prestación del servicio, por lo que la **falla del servicio** es objetiva, orgánica, funcional o anónima.³⁰ Aparece esta teoría en sentencia de casación de agosto 21 de 1939. Las bases de esta tesis fueron:

"a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falta del servicio", o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima);

e) Si el daño de la víctima se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente

29 Consejo de Estado. Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sentencia de 12 de diciembre de 1986, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente N° 4910.

30 Reiterada en casación de 30 de noviembre de 1942, abril 7 de 1943, aún cuando en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 27 de agosto de 1943, revivió la tesis de la responsabilidad indirecta y en la de 15 de mayo de la misma Sala introdujo la tesis organicista, pero la tesis de la "falla del servicio" aparece en numerosas decisiones, como son, entre otras, las de febrero 21 de 1947, julio 9 de 1948, octubre 18 de 1950, febrero 24 de 1953, julio 7 de 1953 y agosto 13 de 1953, no obstante que se apoya en los artículos 2347 y 2349 del C.C., sobre responsabilidad por el hecho ajeno.

responden solidariamente al damnificado con derecho al reembolso en favor de aquella;

f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo;

g) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa; y la acción contra el agente determinado, si la hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil; y

h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil base de la responsabilidad extracontractual directa.³¹

Por su parte el Consejo de Estado, ya desde el 29 de julio de 1947 comenzó a analizar y estructurar las distintas fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado y dándoles respaldo en la Constitución Política aunque no se libera de la cita del artículo del C.C. En la citada sentencia, se sustentó la tesis de responsabilidad directa y por falla del servicio en los artículos 2341 del Código Civil porque como lo ha dicho repetidamente, este precepto *"ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sean físicas o morales, y el Estado, proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho"* (sentencia de marzo 2 de 1948), y en el artículo 16 de la Carta, porque entre los deberes sociales del Estado sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño. Pero también se inicia el reconocimiento de la responsabilidad sin falta, especialmente se reconoce la teoría francesa del **daño especial**, que se da cuando en el desarrollo de actividad legal el Estado sin embargo causa un daño especial, anormal y superior al que normalmente soportan los ciudadanos por la actividad estatal y por razones de equidad y justicia al romper la igualdad en las cargas públicas debe ser reparado.

Con la atribución de la competencia al Consejo de Estado para conocer de las demandas sobre responsabilidad de la Administración, en los artículos 20, 28, 30 y 32 del **Decreto 528 de 1964**, se amplió el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad estatal por el Consejo de Estado que fue depurando la responsabilidad de la administración de la civilista de los particulares, dándole claro fundamento en normas de derecho público. La sentencia de 28 de octubre de 1976 en forma definitivamente afirma la Constitución Política como fuente única de la responsabilidad extracontractual del Estado y expresamente se abandona la aplicación de la norma del C.C. a la responsabilidad del Estado. Señala la sentencia: *"La responsabilidad*

31 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sentencia de 12 de diciembre de 1986, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente N° 4910.

extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las norma del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes,... (...) Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente, en las que conforman el Título Tercero de dicho estatuto, que trata "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales", constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la Nación como Estado de Derecho y de sus autoridades como personeros del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del Estado y del sostenimiento del conglomerado humano a sus poderes exorbitantes." ³²

El siguiente grado de evolución de la responsabilidad del Estado está signado por la proclamación de la Constitución Política de 1991, pero antes de analizar la estructura y los cambios que ella introdujo en materia de responsabilidad estatal, es necesario y suficiente presentar a continuación una breve descripción de los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado diferenciados por la jurisprudencia nacional antes de la Constitución de 1991.

1.3 REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

En este aparte se desarrollarán someramente los regímenes de responsabilidad del Estado diferenciándolos según las funciones básicas³³ de éste, así:

1.3.1 Responsabilidad del Estado por la Función Constitucional. La función constitucional entendida como la función para constituir (establecer el poder político y las ramas y órganos que lo ejercen) el Estado a través de un texto jurídico fundante o Constitución Política, o para la reforma de la Constitución existente con un acto modificatorio (para nosotros acto legislativo), el cual debe aclararse tiene ciertos límites, así se deduce de las sentencias C-551/03, C-1200/03 y C-816/04, en efecto según estas el Congreso no tiene poderes para cambiar la constitución, ni para cambiar los valores y pilares esenciales del Estado.

Esta función es ejercida por el Pueblo, la Asamblea Constituyente y el Congreso, a través del texto constitucional y del acto legislativo de reforma. Para efectos de la responsabilidad del Estado, ni el ejercicio de la función constituyente ni los actos reformativos son demandables ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ni la doctrina ni la jurisprudencia aceptan que del ejercicio de la función constituyente surja responsabilidad para el Estado. Los actos administrativos como actos constitucionales tienen control por vicios de forma o fondo a través del control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

32 Consejo de Estado, Sentencia de 28 de octubre de 1976 (Actor: Banco Bananero)

33 Marienhoff entiende por estas "...aquellas acciones (sean estos actos meramente declarativos o puramente materiales) a través de los cuales el Estado, en tanto que tal, desarrolla mediante sus órganos constitutivos, en orden a la satisfacción de su fin especificativo: el bien común."

1.3.2 Responsabilidad del Estado por la Función Administrativa. La función administrativa es aquella que tiene por objeto el manejo de recursos humanos y materiales para la consecución de los fines del Estado. Esta función se cumple en tres áreas fundamentales, la prestación de servicios públicos, la policía administrativa, la actividad de fomento o desarrollo sostenible, a través de cuatro formas de expresión: los actos, hechos, operaciones y contratos administrativos. Los títulos o regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función administrativa se pueden diferenciar en dos: régimen subjetivo y régimen objetivo, veamos cada uno de ellos:

1.3.2.1 Régimen Subjetivo. Falla del Servicio. La falta o falla del servicio se presenta cuando éste no se presta, cuando se presta en forma deficiente o funciona tardíamente por culpa de los agentes del Estado. Para que éste comprometa su responsabilidad es indispensable que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa o culposa del servidor público ocurrida en un momento determinado o bien como consecuencia de conductas dolosas o culposas acumuladas a lo largo del tiempo. El Consejo de Estado en sentencia de 30 de marzo de 1990 definió la falla del servicio como *“la violación de una obligación a cargo del Estado”*³⁴

La existencia de la culpa es factor determinante en la estructura de la falta o falla del servicio, no es necesario individualizarla o personificarla señalando con certeza la autoridad pública que, con su comportamiento, dio lugar a que el servicio no funcionara, funcionara mal, o tardíamente, pues a pesar de que esa identificación sea imposible de lograr la culpa no desaparece y sigue estando siempre presente. Esto es lo que se conoce como **“culpa anónima”** de la administración y es más que suficiente para estructurar la falla o falta del servicio. La responsabilidad patrimonial el Estado por falla el servicio exige los siguientes requisitos o elementos:

a) Un hecho que puede consistir en la omisión, retardo, irregularidad o deficiencia del servicio, por la acción u omisión de las autoridades públicas. La actuación de los agentes estatales puede presentarse en forma de actos administrativos, operaciones administrativas³⁵, vías de hecho³⁶, hechos propiamente dichos y omisiones³⁷.

34 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de marzo de 1990. MP: Antonio José Irrisarri.

35 El Consejo de Estado ha entendido la Operación Administrativa así: *“La operación administrativa”* para los efectos del antecitado artículo 86, no es otra cosa que un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa. Excepcionalmente la doctrina ha aceptado también la figura de la *“operación”* frente a actuaciones administrativas fallidas o que se dejan sin culminación³⁵. Para Libardo Rodríguez, las operaciones administrativas son *“...aquellos fenómenos jurídicos que consisten en la reunión de una decisión de la administración junto con su realización práctica, en tal forma que constituyen en conjunto una sola actuación de la administración”*.

36 La vía de hecho puede tener lugar cuando la administración actúa en ejercicio de un derecho que no tiene, o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total de procedimiento legal o aplica uno distinto al señalado por la ley.

37 Para que se configure la responsabilidad del Estado por falla del servicio por omisión en el servicio, el Consejo de Estado ha exigido algunos requisitos, a saber: *“En cuanto a la falla del servicio por omisión, debe tenerse en cuenta que en estos el resultado es imputable al Estado sólo cuando se encuentran acreditados los siguientes requisitos: a) “la existencia*

b) La culpa en la ausencia o anomalía del servicio que puede ser la imputable a un determinado agente del Estado o la anónima de la administración.

c) Un daño³⁸ con las condiciones necesarias para ser indemnizable. Daño que se califica de antijurídico.³⁹ Sobre la calidad de antijurídico del daño se volverá más adelante en el acápite sobre los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado.

d) Una relación o nexo de causalidad que se proyecta en dos sentidos, a saber: El primero indica un nexo de causa a efecto entre el hecho y la culpa para que pueda afirmarse que la ausencia, retardo o irregularidad del servicio obedeció a la conducta negligente, descuidada, imprudente o inexperta del agente del Estado, y el segundo pone de manifiesto la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño cuya indemnización se reclama.

Desde el primer punto de vista la relación de causalidad indica el nexo físico o material que existe entre el hecho y el daño mientras que desde el ángulo jurídico determina la posibilidad de atribuir el daño a la persona que debe asumir sus consecuencias. Este doble significado explica que se haya adoptado la expresión “causalidad”⁴⁰ para el nexo material y la de “imputabilidad” para los efectos jurídicos.⁴¹ Al acoger la teoría de la falla del servicio como regla general de responsabilidad extracontractual del Estado, nuestra jurisprudencia puntualizó que todos sus elementos deberían probarse plenamente en el proceso para que fuera procedente la condena indemnizatoria (**falla probada del servicio**). Así era en un comienzo pero ante la necesidad de dar un tratamiento justo a la víctima cuyos derechos eran afectados por la conducta anómala del Estado se elaboró la figura de la **falla presunta del Servicio** que se aplicó en un principio a los daños ocasionados por

de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios”, b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, c) un daño antijurídico y d) la existencia de relación de causalidad entre la obligación omitida y el daño.”

38 La tendencia generalizada es asimilar o equiparar las expresiones daño y perjuicio como si se tratara del mismo concepto, pero lo cierto es que entre uno y otro existe una diferencia que vale la pena resaltar. El daño lo constituye el hecho físico o material que modifica de alguna manera la integridad de una cosa, persona o una situación, en cambio, el perjuicio lo constituye las consecuencias que se derivan de ese hecho.

39 Bustamante Alsina define el daño como “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también por la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”. El Consejo de Estado (Sentencia 11955 del 00/11/30) define el daño como “el menoscabo cierto, particular, anormal padecido por la víctima en derechos protegidos jurídicamente, y que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio.”

40 Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito.

41 Esto lo ratifica el Consejo de Estado en Sentencia 13477 del 02/05/02. Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

cosas o en actividades peligrosas y a partir de 1992 se aplica solo para el juzgamiento de los daños derivados del mal funcionamiento de los servicios de salud a cargo del Estado⁴². Podemos concluir que el régimen de falla probada del servicio es el régimen general y la responsabilidad de falla presunta del servicio es excepcional, solo en determinados casos, dependiendo de la prueba, porque si se prueba la falta no se requiere acudir a la falla presunta, o también de la Teoría de la Carga dinámica de la prueba.⁴³

En este sentido la responsabilidad estatal por los actos médicos es el de la falla del servicio en la modalidad de falla presunta, lo que implica que únicamente en aquellos casos en los cuales la práctica médica irregular y los actos médicos defectuosos sean imputables a la negligencia, descuido, imprudencia, deficiencia o impericia del profesional vinculado a los servicios de salud oficiales, comprometen la responsabilidad del Estado.⁴⁴

1.3.2.2 Régimen objetivo de Responsabilidad Extracontractual del Estado.
Responsabilidad sin falla. Se entiende por responsabilidad objetiva aquella en la cual la culpa o falla no es un elemento estructurante de la responsabilidad del Estado. El sistema de responsabilidad objetiva del Estado está conformado por los siguientes regímenes o títulos de imputación:

42 En este sentido BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. Responsabilidad Extracontractual del Estado.

43 La obligación probatoria del demandante no solo se apoya en el principio general de que quien pide debe probar sino que puede también tener fundamento en la teoría de la carga dinámica de la prueba, cuando el accionante es quien se encuentra en mejores condiciones de aportar la prueba sobre los hechos de la demanda. Además la doctrina habla de la Culpa Virtual, que atempera la carga probatoria de la parte demandante, cuando es su obligación asumirla. En efecto el juez puede dar por acreditada la falta o falla del servicio si razonablemente puede concluir que solo una conducta negligente, imprudente o deficiente del demandado pudo generar el resultado anormal.

44 Al efecto, el Consejo de Estado ha señalado que *“El comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta de una parte la denominada "lex artis", lo que, de acuerdo con lo expresado en la obra "La práctica de la medicina y la ley", implica tener en cuenta "las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente", razón por la cual se comparten las apreciaciones de la misma obra en la que se señala que "no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser "pagadas" por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso”*. Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 9467 del 97/04/03 Ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO

A. Presunción de responsabilidad⁴⁵. Cuando se habla de presunción de responsabilidad en la que no entra a ser considerada la falta o falla del servicio, a la parte demandante le incumbe demostrar el hecho que se imputa al Estado, el daño cuya reparación se reclama y el nexo causal entre el hecho y el daño; y la parte demandada, para exculparse, tiene la carga de probar uno de los factores que rompe o destruye el nexo causal, a saber: La fuerza mayor⁴⁶, hecho exclusivo de un tercero⁴⁷ o culpa exclusiva de la víctima⁴⁸. No exonera el Estado demostrando diligencia, cuidado, oportunidad o eficiencia de la actuación de sus agentes porque la responsabilidad no está organizada en el presupuesto de la culpa sino del daño.

45 La diferencia entre presunción de culpa y presunción de responsabilidad ha sido explicada por la jurisprudencia contenciosa administrativa en los siguientes términos: *“Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino solo el daño antijurídico produciéndose así más que una presunción de falta, una de responsabilidad. Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume. En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en esos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado.”*

46 En la legislación colombiana la ley 95 de 1890 define el caso fortuito junto con la fuerza mayor como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Art. 1°). La doctrina civilista de la Corte Suprema de Justicia, acepta el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, esto es, la tendencia que acepta la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, utilizada por nuestra jurisprudencia civil - mayoritaria - al considerar que no son conceptos separados “sino elementos de una noción. El casus fortuitus indica la imprevisibilidad del acontecimiento, y la vis major, su irresistibilidad”. En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras ha sido dual⁴⁶, esto es bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo estructura causa extraña la fuerza mayor. Al respecto pueden verse las siguientes providencias: Sentencia de 29 de enero de 1993. Exp. 7635; Sentencia de 2 de febrero de 1995. Exp. 10.376.; Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 10 de mayo de 1996. Exp. 813; Sentencia de 29 de octubre de 1999. Exp. 9626.

47 El hecho del tercero al igual que la culpa de la víctima, para tener la facultad de exonerar de responsabilidad al Estado, debe también reunir requisitos, tales son: “a) *Debe ser causa exclusiva y determinante del daño y, además, b) Debe revestir el carácter de imprevisible por cuanto si la administración podía preverlo, no hay lugar a la aplicación de la eximente.* , y c) *Que no exista relación de dependencia entre el tercero y el posible agente del daño”* Ibid.

48 La culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de éstas de las obligaciones a las cuales están sujetos los administrados, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de participación de los afectados en la producción del daño. Ahora bien, no toda conducta asumida por la víctima constituye factor que destruya el nexo de causalidad existente entre el hecho y el daño, toda vez que para que la culpa de la víctima releve total o parcialmente de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con ciertos requisitos, que han sido señalados por el Consejo de Estado, así: a) *Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño, b) El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración.”* Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 2639(13262) del 02/05/02. Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Ver también Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 13744 del 02/07/25. Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

La presunción de responsabilidad se aplica a los siguientes casos:

- a. Daños en actividades o con cosas peligrosas⁴⁹
- b. Daños sufridos por conscriptos⁵⁰
- c. Daños sufridos por reclusos o personas privada de la libertad⁵¹
- d. Daños ocasionados a los pacientes internos en centros asistenciales⁵²

B. Responsabilidad por Riesgo excepcional. El doctor Álvaro Bustamante Ledesma señala que este régimen tiene aplicación *“cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los*

49 El profesor Javier Tamayo Jaramillo en su obra “De la Responsabilidad Civil” define las actividades peligrosas en los siguientes términos: “Para nosotros, peligrosa es toda actividad que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento, generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”. Para este tratadista una actividad será peligrosa, “cada vez que, con cosas o sin ellas, una persona moral o jurídica con su actividad general crea más peligros de daño de los que, por sí misma, está en capacidad de soportar una persona. La ruptura de ese equilibrio de riesgos con los cuales la naturaleza dotó a los individuos exige que el agente de esa ruptura asuma las consecuencias”.

50 El Estado al sustraer de la comunidad a los conscriptos tiene la obligación de devolverlos a su seno en las mismas condiciones en que se encontraban al momento de su reclutamiento y esa obligación, como lo precisa nuestra jurisprudencia es de resultado y se manifiesta en dos sentidos: a) Brindar al reclutado la atención profesional necesaria, pronta y eficaz para conservar sus buenas condiciones de salud, su vida e integridad física y b) Mantener permanentemente vigilancia sobre la persona del conscripto para garantizarle su vida e integridad personal (obligación de seguridad). Ello significa que el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los perjuicios que los conscriptos sufran durante el tiempo de prestación del servicio militar. En este sentido se expresó el Consejo de Estado, en sentencia 13329 de treinta (30) de noviembre de dos mil (2000). M. P. Ricardo Hoyos Duque.

51 La pérdida de la libertad coloca a las personas que la sufren en una situación de sujeción al poder del Estado que implica la limitación de algunos de sus derechos, pero al mismo tiempo impone a las autoridades públicas una obligación de resultado consistente en devolver al recluso a la sociedad en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de la retención o detención. Esa obligación de seguridad no solo hace referencia a la protección de las personas privadas de la libertad contra los abusos, violencias y agresiones de los servidores públicos que tengan alguna relación con ellas, sino también respecto de esos mismos actos provenientes de los compañeros de reclusión y aún de terceras personas ajenas a la institución penitenciaria. Incluso defender al recluso de los daños que el mismo pueda causarse como consecuencia de alteraciones o desordenes síquicos anteriores a la reclusión o adquiridos durante ese período. Así ha sido reiterado por el Consejo de Estado, entre otras sentencias en la 4561(12812) del 02/11/28 con ponencia de Ricardo Hoyos Duque.

52 Así, frente a daños sufridos por los pacientes de centros asistenciales oficiales, son aplicables el régimen subjetivo de la falla presunta del servicio y el régimen objetivo la presunción de responsabilidad, según las particularidades que presente cada caso, así:

- Si se trata de daños relacionados con los actos puramente médicos y paramédicos la responsabilidad se determina por el sistema de la falla presunta del servicio.
- Cuando los daños se derivan del incumplimiento de la obligación de seguridad atinente a preservar la vida, salud e integridad física de los pacientes frente a las actividades que deben realizar las entidades en relación con la prestación de sus servicios, la responsabilidad es objetiva y se le aplica el régimen de la Presunción de Responsabilidad por violación de una obligación de resultado.
- En los casos de daños ocasionados por la acción de terceras personas ajenas a la institución, como la obligación de seguridad no es de resultado, el título de imputación es la falla probada del servicio.

*particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia del servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.”*⁵³ Sin perjuicio de lo señalado en párrafos anteriores sobre los daños ocasionados por actividades o cosas peligrosas, por ejemplo con armas o vehículos, el Consejo de Estado ha encasillado estos daños dentro del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional.⁵⁴ Otras situaciones que han sido imputadas a título de riesgo excepcional, son los actos terroristas y los daños con redes eléctricas.⁵⁵

C. Responsabilidad por Daño especial. Este título de imputación de responsabilidad del Estado se predica de las actuaciones legítimas y adaptadas al Derecho, que sin embargo tal condición, causan daño antijurídico a un administrado lo que conlleva a la consecuente indemnización. El fundamento de este régimen es la igualdad y la equidad, o lo que se ha denominado, el rompimiento del equilibrio en las cargas públicas. Es decir, que la actividad legítima del Estado hace sufrir a la víctima una carga mayor, anormal, considerable o superior de las que sufre cualquier otro ciudadano.

Nuestro Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene sentados algunos requerimientos para que se tipifique la responsabilidad del Estado con ocasión del daño especial, estos son:

“1.- 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,

53 BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. Responsabilidad Extracontractual del Estado.

54 Entre las sentencias más relevantes del Consejo de Estado son: Sentencia 12696 del 01/06/14, y Sentencia 11222 del 01/03/15 Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencias 12998 del 01/08/09, Sentencia 12917 del 01/04/26, Sentencia 12998 del 01/08/09, Sentencia 13251 del 02/05/02 Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

55 Respecto a los actos terroristas la jurisprudencia parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo y ha aplicado dos regímenes, responsabilidad por falla del servicio y la responsabilidad por riesgo, el primero *“cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falante o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero”*. Y el segundo, *“cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad, porque crea un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado – instrumentales, humanos y de actividad – en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas.”* Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 13251 del 02/05/02. Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ. También se ha exigido para declarar la responsabilidad y la reparación del daño por acto terrorista, que el ataque se haya dirigido contra entidades o figuras representativas del Estado.⁵⁵

2. Que este hecho rompa la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

“3.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

“4.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

“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”⁵⁶

Posteriormente se agregó un quinto requisito, que se refiere al carácter subsidiario de la Teoría del Daño Especial, el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.⁵⁷

D. Responsabilidad por Trabajos Públicos. La responsabilidad administrativa por trabajos públicos es uno de los campos del régimen de responsabilidad objetiva, donde ya no se habla de la falla del servicio. Siempre que una entidad pública ocupa un bien raíz con ocasión de la realización de trabajos públicos debe reparar el perjuicio causado. El Estado podrá liberarse de esa responsabilidad demostrando uno de los factores que rompen el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima. Corresponde al presunto ofendido acreditar plenamente: la ocupación de la propiedad raíz, su relación con la ejecución de trabajos públicos y el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño indemnizable.⁵⁸

Cuando se trata de daños sufridos por personas que laboran o circulan en esas obras o trabajos públicos, o los propietarios de inmuebles vecinos, el régimen que rige no es el aplicado para la ocupación de inmueble. El régimen aplicado en estos eventos ha sido el de presunción de responsabilidad con fundamento en la naturaleza peligrosa que se atribuye a la actividad de la construcción. Sin embargo, cuando se demuestre la culpa de la administración en la ocurrencia del daño puede predicarse la responsabilidad con base en la falla del servicio.

E. Responsabilidad por acto Administrativo Ilegal. Se entiende por acto administrativo, la manifestación de voluntad de la administración, que produce efectos

56 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 12212 de 10 de mayo de 2001. M. P. JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

57 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 10952 del 02/008/08. Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

58 Ver sentencia Consejo de Estado 10846 de 26 de febrero de 1998. M. P. JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

jurídicos de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.⁵⁹ Cuando se trate de daños antijurídicos derivados de actos de la administración la jurisprudencia contenciosa administrativa tiene por sentado que la acción procedente no es la acción de reparación directa sino la acción del artículo 85 del CCA. Por ello, cuando el acto administrativo es anulado por las causas del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la persona afectada puede solicitar la declaración de nulidad y consecuente reparación del daño, para lo cual la ley consagra la acción denominada “Acción de nulidad y restablecimiento del Derecho”.

1.3.3 Responsabilidad del Estado por la Función Jurisdiccional o la Administración de Justicia. La función jurisdiccional *“es aquella función del Estado emanada de la soberanía y dirigida a la administración de justicia, aplicando el derecho objetivo en casos específicos, dirimiendo conflictos con fuerza de cosa juzgada.”*⁶⁰. Se caracteriza por ser: *“1. Un poder público general constitucional (artículo 3 y Título VIII CP), 2. Un poder único y exclusivo, en los estados unitarios (Artículos 1 y 3 CP), 3. Un poder independiente y autónomo (Artículo 113 CP), 4. Un poder permanente. 5. Un poder ejercido por áreas especializadas”*⁶¹

Las providencias judiciales tienen su propio mecanismo de control por medio del trámite de los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes contra ellas según los Códigos de Procedimiento aplicables. A pesar del principio de separación de poderes, según el cual estas providencias no se pueden traer a la jurisdicción contenciosa para ser sometidos a revisión de juridicidad, el Consejo de Estado⁶² desde antaño aceptó que del ejercicio de la función jurisdiccional puede surgir una controversia contenciosa administrativa de responsabilidad extracontractual del Estado.

La responsabilidad del Estado por la Administración de Justicia fue regulada en el capítulo VI de la Ley 270 de 1996. El inciso primero del artículo 65⁶³ señala como regla general la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables con ocasión de la acción o de la omisión de los agentes judiciales y seguidamente establece los títulos para imputar al Estado tal responsabilidad: defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, error jurisdiccional, y privación injusta de la libertad. La ley Estatutaria de la Administración de Justicia

59 Pero además de lo anterior, en sentencia de 11 de abril de 2002, el Consejo de Estado afirmó que para la que un acto se predique administrativo no basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre debe contener una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público, de las que carecen los particulares.

60 SÁNCHEZ BAPTISTA, Néstor Raúl. Derecho administrativo. UNAB. Bucaramanga. 2006.

61 Ibid.

62 En sentencia 12076 de 14 de marzo de 2002, el Consejo de Estado presenta una evolución de la responsabilidad del Estado por la función judicial.

63 “ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”

permite diferenciar dos criterios para determinar las personas sometidas a su regulación. Uno es el criterio funcional que mira primordialmente a la naturaleza de las funciones que se desempeñan y el otro es el de carácter orgánico porque abarca a todos los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial. Así se comprende tanto a los agentes judiciales propiamente dichos como a los demás agentes del Estado y a los particulares que ejercen funciones de administrar justicia.

Cuando los artículos 65 y 74 de la ley hacen alusión a los agentes judiciales se refieren a los funcionarios y empleados vinculados a la rama judicial, la que de conformidad se encuentra integrada por las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, como órganos que administran justicia, sin incluir a otros servidores públicos vinculados a otras ramas del poder que también cumplen esta función específica.

En cambio la función jurisdiccional es la encargada de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico a casos concretos, facultad que puede ser asignada, como de hecho lo está, a servidores públicos y particulares que no pertenecen al órgano judicial, tal como sucede con el Congreso de la República, los Tribunales Militares, Policía Judicial, los Jueces de Ejecuciones Fiscales o Jurisdicción Coactiva, los Jueces de Paz, las autoridades indígenas y los árbitros. El término agentes judiciales, tiene connotación de carácter orgánico mientras el concepto de actividad jurisdiccional tiene significado funcional o material que trasciende el ámbito organicista.

a. Responsabilidad por error jurisdiccional. Error jurisdiccional es *“aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.”*⁶⁴

De conformidad con esta definición, los elementos para su configuración son:

1. Que exista una equivocación de orden jurídico⁶⁵
2. Que dicha equivocación se consigne en una providencia
3. Que el error sea cometido por un funcionario fallador, es decir, con facultad jurisdiccional.⁶⁶

64 ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

65 El error jurisdiccional, puede ser de hecho o de derecho. Se presenta el primero cuando el sentenciador aprecia en forma inexacta o equivocada los hechos o las pruebas existentes en el proceso, o cuando no toma en consideración un hecho probado u omite considerar pruebas aportadas. El error de derecho ocurre cuando se interpreta mal las normas jurídicas aplicables al caso, cuando se aplican unas improcedentes o deja de aplicarse la que regula el caso a estudio.

66 Además, excluyó a las Altas Cortes del error jurisdiccional, con el argumento de que las providencias judiciales emanadas de dichas Cortes, *“una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además se convierten en el último*

4. Que el funcionario incurra en el error actuando en el ejercicio de esa facultad.

La Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 037 de 1996, declaró exequible el artículo 66 de la ley 270 de 1996, pero hizo una cualificación del error jurisdiccional como generador de responsabilidad estatal. Este error por lo tanto no puede ser cualquier equivocación derivado de la libre interpretación jurídica que posee todo administrador de justicia, por el contrario, debe ser una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrante, violatoria del debido proceso.⁶⁷

El Consejo de Estado refuta las tesis de la Corte Constitucional, sosteniendo que el error jurisdiccional debe ser analizado a la luz del artículo 90 constitucional desde una perspectiva objetiva, bastando para su configuración el que la providencia que lo contenga sea contraria a la ley.⁶⁸ Para que el error jurisdiccional comprometa la responsabilidad patrimonial del Estado debe reunir los siguientes requisitos que consagra el artículo 67 de la ley 270 de 1996:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.⁶⁹
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

b. Responsabilidad por Privación Injusta de la Libertad. Para la Corte Constitucional la expresión “injusta de la libertad”, debe entenderse como actuación arbitraria y violatoria del régimen jurídico, así lo puntualizó: *“Este artículo (68), en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.”*⁷⁰

pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier ora autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037-96 de 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

67 Ibid.

68 Por ello la responsabilidad del Estado se compromete cada vez que una autoridad jurisdiccional profiere una providencia contraria a la ley, cuando se aparta o no se ajusta al ordenamiento jurídico al cual debe someterse, y para determinar tal contradicción basta la simple confrontación entre la norma aplicable y el contenido de la decisión adoptada, sin que entren en consideración argumentos referentes a comportamientos de la autoridad judicial que la profiere.

69 Es suficiente el uso de los recursos ordinarios que la ley permite en cada caso concreto y en ellos debe replicarse en forma concreta el punto que se piensa constituye un error de quien tomó la decisión.

70 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037-96 de 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

c. Responsabilidad por Defectuoso funcionamiento de la administración de Justicia

Excluyendo el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad, el artículo 69⁷¹ alude a todas las circunstancias o situaciones en las cuales la actividad relacionada con la administración de justicia se desenvuelve en forma irregular tal que lesiona antijurídicamente los derechos de los asociados hace referencia a los actos, hechos y omisiones del personal adscrito a los despachos judiciales, así como de los auxiliares de la justicia.

1.4 LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DAÑO ANTIJURÍDICO.

Uno de los elementos más importantes en el proceso de edificación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el **principio de responsabilidad**.⁷² Al Estado Social de Derecho no le es indiferente la responsabilidad por las acciones u omisiones de sus servidores sin importar la rama a la cual que encuentren vinculados. El Estado como estado de derecho se encuentra limitado en su actuación por el orden jurídico, y este orden jurídico es el que le impone unos fines que se tornan en deberes por virtud del carácter normativo que tiene la nueva constitución, y como estado social, se encuentra limitado por el bienestar general y por la garantía y respeto de los derechos reconocidos por la norma superior, que se imponen por encima de cualquier otra consideración.

1.4.1 Cláusula General de Responsabilidad Estatal. Hasta el momento se puede afirmar que la limitación del poder del gobernante, ha sido una constante en los regímenes democráticos, y esta concepción corresponde más a la idea de un Estado Social de derecho fundado en la soberanía del pueblo y en la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. Arts. 1º, 3º y 5º). Es en este sentido que debe entenderse el Estado, como un sujeto no solo con poder sino también como un sujeto de obligaciones, responsable por su incumplimiento y con el deber de reparar los daños que cause. Pero la Constitución de 1991 va más allá, en los artículos 6 y

71 ARTICULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

72 Así lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2002 al considerar: “La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras⁷², manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.”

90 se encuentra expresamente consagrada la responsabilidad del Estado derivada de la acción u omisión de sus agentes por el daño antijurídico que causen.

El artículo 6 señala la responsabilidad de los particulares por la infracción de constitución y la ley, y de los servidores públicos, quienes además responden por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.⁷³ Pero la principal norma que guía la responsabilidad del Estado es el artículo 90 constitucional, que es del siguiente tenor: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” (...)* 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.”

Este artículo consagra en sentir de la Corte Constitucional, **la Cláusula General de Responsabilidad de Estado**, en el sentido de comprender no solo la responsabilidad extracontractual del Estado sino también la precontractual y la contractual. Así lo definió la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996: *“...Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general. 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. “En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia de 8 de mayo de 1995, señalando: “los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”⁷⁴. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”⁷⁵.*

Mucho se ha discutido sobre el régimen de responsabilidad estatal que consagró el artículo 90. La doctrina se ha dividido frente a dos posiciones, la primera sostiene que el citado artículo instituye una responsabilidad totalmente objetiva basada en el concepto de daño antijurídico, desterrando la responsabilidad por culpa o falla del

73 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.

74 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Expediente 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

75 Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández

Estado. La segunda, por el contrario afirma que el daño antijurídico del artículo 90 incluye todo tipo de responsabilidad tanto objetiva como por falla del servicio.

La Corte Constitucional ha sido clara al manifestar que el artículo 90 constitucional no implica que los regímenes de responsabilidad creados por la jurisprudencia nacional desaparecieron, y mucho menos la falla del servicio. Así fue señalado en sentencia C-333 de 1996: *“Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado.”*

Por lo tanto, se debe concluir que el precepto que consagra el art. 90 de la C.P. no determina un marco único general objetivo de responsabilidad que comprometa patrimonialmente y en forma exclusiva al Estado por todos los daños que puedan soportar los habitantes del país al consagrar el daño antijurídico como fuente de la responsabilidad estatal por acción u omisión de sus agentes.

1.4.2 El Daño Antijurídico. Del inciso primero del artículo 90 se deducen que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico provocado por la acción u omisión de una autoridad pública; y la imputabilidad de los dos anteriores al Estado o nexo causal (imputatio facti más imputatio juris).⁷⁶

Estos elementos configurativos de la responsabilidad del Estado, han sido entendidos como un desplazamiento de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. Por lo tanto, se pasa de una responsabilidad sancionatoria a una responsabilidad reparatoria, en donde no solo generan responsabilidad estatal las actividades ilícitas del Estado sino también las lícitas.

El Consejo de Estado ha señalado que el artículo 90 al contemplar como base de la responsabilidad del Estado el daño antijurídico ha cambiado la manera de configuración de ésta, así se expresó: *“Se desliga, de esta manera, la antijuridicidad del daño de su causación antijurídica; esta última será, en adelante “...un simple*

76 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente No. 8118. Sección Tercera. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 12 de julio de 1993, expediente No. 7662; sentencia del 5 de julio de 1996, expediente No. 9941, Sentencia 10948-11643 del 99/10/21.

*criterio de imputación de daños que, junto a otros criterios (tales como la ilegalidad del acto, el riesgo creado en peligro de terceros o, según algunos autores el enriquecimiento indebido), permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la administración y, eventualmente, dirimir también el reparto de responsabilidades entre aquélla y el agente físico cuya conducta haya causado el daño.*⁷⁷

Pero ¿qué se entiende por **daño antijurídico**? El Consejo de Estado en sentencias 10948 y 11643 del 99/10/21 realiza un análisis de los alcances de concepto del daño antijurídico: *“El daño antijurídico, que el derecho español prefiere denominar “lesión”, “será, entonces un concepto más estricto que daño, que perjuicio, será un perjuicio antijurídico al margen de cualquier idea subjetiva - y no, por consiguiente, un daño causado antijurídicamente - y utilizable únicamente cuando no concurren causas de justificación expresas que legitimen el perjuicio, de modo que la lesión se dará exclusivamente cuando se produzca un daño que el sujeto determinado no tenga obligación de soportar...Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación.” Este punto lo explica así el profesor García de Enterría: “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.”*⁷⁸

La Corte Constitucional tuvo lugar de referirse al daño antijurídico en la sentencia de constitucionalidad 333 de 1996, en la cual partiendo del hecho de que se trata de un concepto constitucional indeterminado, delimita los elementos centrales del concepto acudiendo a una interpretación sistemática e histórica a partir del artículo 106 de la Constitución española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos: *“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*

“Nótese que el sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el

77 *Ibíd.*

78 Citado por Juan Carlos Henao, II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. 1996, página 774.

menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta. Así, la doctrina española ha entendido este régimen de responsabilidad en los siguientes términos: "Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión "funcionamiento anormal de los servicios públicos", sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de "funcionamiento normal" (o "funcionamiento de los servicios públicos", simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución). (...) Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial".⁷⁹

La doctrina española 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. Esta concepción fue 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: "...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 (subrayas no originales)⁸⁰".

El Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de*

79 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Thomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1993, Tomo II, pág. 371 y 372.

80 RAMÍREZ OCAMPO, Augusto. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

*soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"*⁸¹. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo. Estos elementos del daño para que sea indemnizable son: a) Un perjuicio patrimonialmente evaluable, (daño), b) Ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, (antijurídico) y c) La posibilidad de imputar el daño (nexo causal) a una tercera persona (Estado)"⁸²

El daño además para ser indemnizable debe ser cierto y personal. El daño es personal cuando la persona que reclama la reparación de un interés lesionado es la titular del interés. La reclamación puede ser presentada por el lesionado directo (titular o propietario del bien afectado, o persona que ha padecido el hecho dañoso) como por los damnificados indirectos (herederos del directamente afectado o lesionado), quienes pueden presentarse como directos en el caso de los perjuicios ocasionados por muerte del lesionado directo, por ejemplo.

La exigencia de la certeza del daño, se refiere a que éste se haya causado realmente, excluyendo los daños eventuales o hipotéticos (sin embargo, debe analizarse el llamado daño por pérdida de oportunidad). Los daños pueden ser materiales o inmateriales, los daños materiales a su vez se dividen en lucro cesante y daño emergente. Los daños inmateriales o morales, también pueden ser daño moral subjetivo y daño moral subjetivado, además del daño a la vida de relación⁸³.

Así pues, son dos los elementos de la responsabilidad del Estado, y para endilgarle esta a una autoridad deben constatarse la totalidad. No basta, como han entendido algunos, con que el daño sea antijurídico, además deber serle imputable al Estado, es decir, debe existir un título para atribuirle este daño al Estado bien por acción o por omisión de un agente. El Consejo de Estado es claro al exigir que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *"es menester, además de constatar la antijuricidad del mismo, que el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le*

81 Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993

82 Dicho en palabras de García de Enterría "El concepto técnico de daño o lesión, a efecto de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona." Citado por Luís Martín Rebollo. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia. Civitas, S.A. páginas 59 y 60.

83 Así también lo expresan Mariangela Jiménez Uscategui y Carolina Arenas Uribe, Tesis de Grado: La Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador, Capítulo II, 2.2.1. Pág. 32. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de derecho Público, Santa Fe de Bogotá, D.C. 2001.

*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*⁸⁴.

Debe concluirse aquí que el daño antijurídico es el fundamento de la responsabilidad del Estado cualquiera sea el tipo de responsabilidad (precontractual, contractual o extracontractual) lo que implica que cualquiera sea el régimen de responsabilidad de que se trate (objetivo o por falla), el daño antijurídico siempre se mantiene invariable. Los regímenes de responsabilidad estatal creados jurisprudencialmente se mantienen pero como títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así queda desvirtuada la posición de algunos doctrinantes que afirman que del artículo 90 se puede deducir que basta con la configuración del daño antijurídico para que se tipifique la responsabilidad del Estado y que por tal razón la responsabilidad consagrada constitucionalmente es de naturaleza totalmente objetiva, y que con ello desaparecen los regímenes de responsabilidad estatal creados por la jurisprudencia nacional.

84Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993.

2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

2.1 ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

Una vez delimitado el marco histórico, teórico y conceptual en el cual se desarrolla la responsabilidad del Estado, se presenta a continuación el desenvolvimiento del reconocimiento y evolución de la responsabilidad estatal por la función legislativa en el derecho comparado para seguidamente concentrarnos en el caso colombiano.

En un comienzo dominó la teoría de la irresponsabilidad del Estado por la función legislativa, los principales argumentos fueron el entendimiento de la ley como un acto de soberanía y la generalidad de la ley, estos fueron resumidos en la sentencia del Consejo de Estado Francés en el Fallo de 11 de enero de 1938, cuando un ciudadano (M. Duchatellier) pretendió ser indemnizado por los daños que le causó el cierre de su fábrica, debido a una ley que prohibió la fabricación y venta de los sucedáneos del tabaco para proteger el monopolio sobre este producto⁸⁵:

1. La ley es la máxima expresión de la soberanía del Estado. Se estimó entonces que el legislador a diferencia del juez y el administrador, no se encontraba sujeto a la ley⁸⁶ y se llegó a afirmar que la ley *“que causara perjuicios era expresión de la voluntad general y por consiguiente también voluntad de los que sufren el daño”*⁸⁷

Crítica: Esta visión sustentada en el postulado según el cual ‘el Rey no podía errar’, del cual se colegía que no pudiéndose equivocar, no causaba perjuicio y por lo tanto no debía indemnización alguna por sus actuaciones, ha perdido actualmente su importancia, y se ha traslocado incluso al punto de que algunos autores derivan de la soberanía del Estado la fuente de la responsabilidad del Estado legislador⁸⁸. Además la soberanía se entiende ejercida dentro de los marcos del orden jurídico no por fuera de él.

85 Francia. Consejo de Estado. Fallo de 11 de enero de 1938.

86 BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. Tomo V. Buenos Aires. Editorial la Ley. 1966. Pág. 23.

87 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 1997. Pág. 600

88 Si se ha logrado estructurar un régimen de responsabilidad que reconoce la reparación de los perjuicios surgidos como consecuencia de las actuaciones del ejecutivo, no hay razón para oponerse al establecimiento de uno similar o a la extensión de aquel, para las actuaciones del legislativo, máxime si tenemos en cuenta que actualmente se afirma que el poder es uno sólo (sic) y que su división en tres ramas autónomas no significa la negación de tal unidad, sino la consagración de un sistema en el cual la colaboración armónica de las tres ramas facilita la realización de los fines del Estado. Compaginando ésto (sic) con la idea de soberanía, entendida como el Poder Organizador, tenemos bases muy sólidas para **afirmar que la Soberanía, lejos de ser un impedimento para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado Legislador, es uno de sus principales fundamentos, máxime si ella misma es la facultad, la competencia y la decisión que determina la organización final del Estado (...)**. (negrilla fuera del texto). AMALFI ÁLVAREZ y CALA MONCALEANO, *Op. cit.* p. 142-143.

2. La ley no podía violar *stricto sensu* derechos preexistentes en la medida que tales derechos dejan de existir cuando una nueva ley así lo disponga. Este argumento es sostenido por Ihering quien afirmó que el legislador no podía nunca cometer arbitrariedades en sentido jurídico debido a que sustentar lo contrario, sería afirmar que no tiene el derecho de cambiar las leyes preexistentes.

Crítica: El poder omnipotente y culto a la ley ha sido superado con la consagración del principio de superioridad normativa de la Constitución, que orienta y limita el ejercicio del poder de todas las autoridades públicas, incluido el legislador.

3. El carácter general de la ley, creadora de situaciones jurídicas impersonales y abstractas, impide configurar la “especialidad”⁸⁹ del daño como requisito para su indemnización. Bajo esta óptica se consideró que las leyes no afectaba situaciones jurídicas determinadas y por lo tanto, si como consecuencia de su aplicación se producían perjuicios estos constituían cargas públicas que los administrados debían soportar por el hecho de vivir en comunidad.

Crítica: Es reconocido el principio de generalidad de la ley, y la obligación de soportar cargas públicas que de ella se deriven, sin embargo ello no impide que la ley afecte solo a un grupo determinado o determinable de personas, rompiendo la igualdad en las cargas públicas, y este evento se impone una indemnización.

4. Afectación del patrimonio del Estado. Si se reconociera el derecho a indemnización por razón del Estado legislador, la evolución legislativa sufriría un colapso hasta el punto de llegar a paralizarse, en tanto las sumas que deberían reconocerse atentarían gravemente contra el patrimonio del Estado.

Crítica: Este es un argumento fatalista, el aceptar que la ley puede ocasionar daños no significa que todo daño sea indemnizable, la jurisprudencia y la doctrina tienen la tarea de decantar cuales de ellos son indemnizables y exigir además requisitos para que se logre la indemnización.

5. Separación de poderes y reconocimiento legal expreso de la indemnización. El juez no puede ocupar el papel del legislador e ir mas allá reconociendo indemnizaciones que esta no contempló.

Crítica: Este argumento no es aceptable, como consecuencia del carácter unitario del orden jurídico es principio de derecho que el juez ante el silencio del legislador tiene el deber de acudir a normas constitucionales o principios generales de derecho para resolver las situaciones o casos que sean de su competencia, es decir, el juez no puede declararse inhibido por falta de regulación.

⁸⁹ La “especialidad” del perjuicio, como lo enseña VEDEL, consiste “en que este esté individualizado, no afectando a la totalidad de los individuos, debido a lo cual es anormal”⁸⁹.

Así las cosas, para 1835 en **Francia** solo se reconocían indemnización por daños ocasionados por la ley cuando la misma ley acusada de generar perjuicio, concebía la posibilidad de tal indemnización⁹⁰. Fue precisamente Francia quien dio lugar a los primeros referentes sobre reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la ley, superando esta visión limitada de tal responsabilidad, el primer referente lo constituyen los fallos de La Fleurette de 14 de enero de 1938, Caucheteux et Desmont de 21 de enero de 1944, y, Bovero de 23 de enero de 1963.⁹¹

En el primero, se demandó la ley 29 de 1934 que prohibió la fabricación y venta de cualquier crema sustitutiva de la leche, lo que obligó al cierre de la empresa accionante. La sociedad demandante exigió indemnización de perjuicios con fundamento en la teoría del daño especial, tesis que fue aceptada por el Consejo de Estado francés señalando: a) de la normatividad de la ley no se puede colegir que el legislador haya querido imponer al actor una carga anormal que la que normalmente impone; b) La actividad desarrollada por la empresa accionante es totalmente lícita y no dañina, c) la carga impuesta al actor, es grave, importante y especial y por lo tanto vulnera la igualdad ante las cargas públicas y debe ser indemnizada. Entonces, este fue el primer evento en que se aceptó que el hecho de que la indemnización no estuviera consagrada en la ley acusada, no podía ser un obstáculo para que los perjuicios ocasionados al demandante fueran resarcidos.

Esta decisión fue reiterada en el fallo de 21 de enero de 1944, en el cual se estudió una ley de 1934 que prohibía la utilización de glucosa en lugar de cereales en la producción de cerveza. Con el fallo Bovero de 1963, sobre locales arrendados a militares de la guerra de Argelia, el máximo Tribunal puntualizó en los sujetos del daño, determinando que no debía tratarse de destinatarios específicos, sino que los afectados podrían ser un amplio sector de la población, además se concluyó que la no inclusión de indemnización por el legislador debía interpretarse favorablemente al demandante.

Al decir de la doctrina, los tres fallos obedecen a que la medida legislativa imponía un sacrificio de intereses particulares a favor de la protección de otros intereses particulares, razón por la cual, la no referencia tácita o expresa del legislador respecto a la indemnización, obliga al Estado a pagar.⁹²

En **Italia**, positivamente no está consagrada la modalidad de responsabilidad en estudio, pero doctrinariamente se han desarrollado tesis sobre la expiación, el

90 Francia. Consejo de Estado. Fallo de 11 de enero de 1938

91 Existen otros pronunciamientos como el fallo Lacaussade de 22 de octubre de 1943, donde se tiene en cuenta la mención tácita o expresa del legislador para que proceda la indemnización. En igual sentido fue el fallo de Syndicat du Commerce des Blés de 7 de junio de 1940. Así mismo, el Consejo de Estado francés en un fallo de 16 de noviembre de 1960, exceptuó la indemnización cuando el sacrificio al particular es a favor del bienestar general.

92 DE LUÍS y LORENZO J. F. “Artículo 24 de la Constitución y poder legislativo. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del poder legislativo”. Tomo XVI. Pág. 641. 1989.

ilícito legislativo y la teoría del sacrificio. La doctrina italiana ha distinguido entre dos tipos de leyes: las que regulan la conducta de los particulares y de las cuales si éstos no demandan su inconstitucionalidad, la concurrencia de culpa entre el poder legislativo y el particular descarta cualquier indemnización, y, las que establecen una sanción por su incumplimiento. En este último evento, el administrado so pena de una consecuencia impuesta por la norma, no puede rehusarse a su cumplimiento, y es aquí donde éste puede pretender el resarcimiento. El referente judicial lo constituye la sentencia No. 7 de 1966 de la Corte Constitucional Italiana que establece un parámetro de interpretación según el cual, las leyes deben interpretarse en el sentido en que se reduzcan al máximo las contradicciones entre éstas y la Constitución, y su silencio frente a la indemnización por los perjuicios que su aplicación cause, no es óbice para que la responsabilidad estatal sea declarada por los tribunales.

En **Estados Unidos** no es posible una responsabilidad estatal por la producción de una ley, una vez que esta se ha declarado constitucional. Sólo puede destacarse la 5ª enmienda constitucional según la cual quien sea privado de su propiedad debe recibir una justa compensación.

En el derecho **español**, el artículo 9 Constitucional regula en términos generales la responsabilidad del Estado por los poderes públicos, desarrollándola en el artículo 121 de la constitución de 1978, norma la responsabilidad del Estado-juez, y el 106.2 la del Estado-administrador, dejando sin regulación específica con respecto al Estado-legislador.

La doctrina en España, reconoce que el legislador debe ajustarse en sus prescripciones a los mandatos constitucionales⁹³, y que consecuencia de ello el poder legislativo no es soberana ni omnipotente y por lo tanto, los ciudadanos deben estar protegidos de la arbitrariedad del poder público. Sin embargo a la hora de reconocer la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley no hay unanimidad de criterios. Jiménez Lechuga⁹⁴, analiza la doctrina clasificándola en teorías positivas y negativas, veamos un corto resumen de ellas:

Las teorías negativas básicamente argumentan que “si el poder constituyente hubiese querido responsabilizar al poder legislativo ordinario por hechos o actos derivados de la aplicación de las leyes, hubiese debido incorporar, lógicamente, tal responsabilidad a los preceptos constitucionales en los que los regula (título III), exactamente como lo hizo para los otros poderes del Estado (Corona, Gobierno, Administración y Tribunales) en sus títulos respectivos. En consecuencia, si pudiendo y debiendo haber hablado, calló, es porque tal responsabilidad quiso excluir: ubi lex voluit dixit, ubi noluit, taquit”.⁹⁵

93 CAZORLA PRIETO, L. M. “Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?. Pág. 53 Civitas, Madrid 1985.

94 JIMÉNEZ LECHUGA, F. J. “La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto”. Pág. 69 y ss. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 1999

95 JIMÉNEZ LECHUGA, F. J. “La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto”. Pág. 69 y ss. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 1999

Dentro de las teorías positivas es interesante resaltar:

a) “Si la propia constitución se fundamenta a si misma sobre una serie de “valores superiores” en función de los que quiere ser interpretada y aplicada, y dos de esos valores superiores son, precisamente, la justicia y la igualdad (arts. 1.1. 9.2, 10 y 14), sería ir gravemente contra su espíritu, aunque se respetara su letra, hacer prevalecer normas, interpretaciones o soluciones que contradijesen o menoscabaran la efectividad de aquellos valores”.

b) Las lagunas o vacíos de la constitución se deben suplir recurriendo a los Principios Generales del Derecho, que son pilar de interpretación de los valores superiores arriba mencionados.

El citado autor estudia la responsabilidad del Estado legislador haciendo una clasificación de las leyes en tres grupos. El primero corresponde a las leyes tributarias que por su carácter lesivo para el contribuyente, comportan un daño jurídico que no es indemnizable. Si un tributo fuera indemnizable dejaría de ser tributo, lo sería, sólo en los eventos en que la ley tributaria fuera confiscatoria o discriminatoria. El segundo es el de las leyes expropiatorias, donde el Estado legislador responde al particular cuya propiedad ha sido expropiada en beneficio del interés general, con el pago de una compensación por lesionar un patrimonio lícito. El último de los grupos lo conforman las leyes lesivas que no son expropiatorias ni inconstitucionales. Estas leyes generarían una pura responsabilidad objetiva, porque a pesar de prescribir mandatos que propugnan por el bien común, causan un daño “inmerecido” al asociado que éste no está en la obligación de soportar.⁹⁶

Las nuevas teorías sobre esta responsabilidad del Estado enfrentan principalmente a Leguina Villa con Garrido Falla y García de Enterría, el primero negando radicalmente el sistema de imputación de los segundos. Para Garrido Falla⁹⁷, varios son los aspectos a considerar: a) toda carga o sacrificio impuesta por ley no declarada inconstitucional ha de ser soportada por el administrado, quien no obstante podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea expropiatoria (art. 33.3 de la constitución española); b) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha ley.

García de Enterría⁹⁸, concibe tres supuestos de responsabilidad del Estado legislador: a) que la ley prevea la indemnización; b) que la ley no previendo la indemnización, no la excluya radicalmente; c) que la ley excluya la posibilidad de indemnización

96 Ibid.

97 GARRIDO FALLA.. “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”. 1989.

98 GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. “Curso de Derecho Administrativo”. Civitas. Madrid 1988.

expresamente. A su turno, García Soriano⁹⁹, no limita la responsabilidad a la ley que contempla la indemnización, basta con que la lesión sufrida por el particular por la aplicación de la ley sea indemnizable.

En oposición a sus coterráneos, Leguina Villa¹⁰⁰, rechaza todos los argumentos propuestos, encontrando que la posibilidad planteada en la Constitución, de expropiar y compensar el interés patrimonial de un particular a favor del bien público, descarta una responsabilidad por el acto del legislador, que de entrada está abordando una compensación en la ley expropiatoria. El tratadista no rechaza cualquier argumento a favor de la teoría de responsabilidad del Estado legislador, pero cree que los propuestos, aún son incipientes para que ésta tenga su aplicación en España.

Entre los principales referentes jurisprudenciales se pueden citar:

- El fallo de 2 de enero de 1978, dictado por la Magistratura del Trabajo No.11 de Madrid, mediante el cual se inaplicó la ley 46 del 15 de octubre de 1977 de Amnistía, sólo en su aspecto laboral. En este caso, la justicia estimó acertado, que las consecuencias de la aplicación por parte del empleador, de una ley que posteriormente es declarada ilegítima, no recaen sobre él, sino sobre el Estado, y es éste último el obligado a reparar mediante indemnización.
- Otro muy representativo es el contenido en la ley 30 de 1984 que adopta medidas urgentes para la reforma de la función pública, anticipando la edad de jubilación de los funcionarios públicos. Lo mismo dispuso la ley orgánica No. 6 del 1º de julio de 1985 del poder judicial, que anticipaba aunque de forma gradual, la edad de jubilación de los jueces y magistrados. La alegación contra estas leyes, se basó fundamentalmente, en que no podían restringirse derechos individuales sin prever indemnización por la privación de tales derechos. Frente a ello hay dos posturas, la Audiencia Territorial de Valencia en la sentencia de 9 de mayo de 1988 reconoció la indemnización de los perjuicios por la anticipación de la jubilación considerando que la ausencia de norma expresa en la Constitución no significa que el Estado sea irresponsable por la ley, si esta causa un perjuicio el Estado debe responder con fundamento en los principios generales constitucionales y especialmente en el artículo 9 superior, además señala que el perjuicio es indemnizable cuando supera las cargas que normalmente tiene la obligación de soportar. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestimó las pretensiones de los funcionarios públicos, al determinar, que la edad de jubilación es una expectativa que le confiere definir al legislador, por lo tanto es una de sus competencias.

99 SORIANO GARCÍA, J. E. “Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador y proceso descolonizador”. Pág. 582 y ss. 1981.

100 LEGUINA VILLA, J. “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común”. Civitas. Madrid 1993.

- Se destaca igualmente, el caso de la sociedad mercantil Pedro Domecq S.A., que demandó el impuesto a las bebidas alcohólicas creado por la ley 39 de 1979, el que luego sería incrementado por ley 44 de 1981 y el Real Decreto Ley de 29 de diciembre de 1982, así mismo, la sociedad comercial impugnó la ley 34 de 1988 que restringió absolutamente la publicidad de bebidas alcohólicas. La sentencia de 11 de octubre de 1991 de la Sala 3ª Sección 2ª del Tribunal Supremo, niega la declaración de responsabilidad demandada básicamente por tres razones: a) no cabe indemnización por la aplicación de una ley tributaria a menos que ésta se declare inconstitucional; b) aún siendo declarada inconstitucional la ley tributaria, el Tribunal se consideraba renuente a condenar responsabilidad del Estado, salvo que la ley vulnerara los principios de igualdad y progresividad del sistema tributario, y, c) el resarcimiento podría tener lugar, cuando la ley no tributaria, siendo constitucional, produzca unos serios perjuicios meritorios de compensación.

- Entre muchos otros¹⁰¹, se encuentra, el caso Pescanova S.A., que demandó el artículo 168 del Tratado de Adhesión de 12 de junio de 1985, que ordenó la eliminación de los cupos exentos de aranceles para las empresas pesqueras conjuntas conformadas por personas naturales o jurídicas de España y de terceros países. El Tribunal Supremo basado en los principios de seguridad jurídica, estabilidad del sistema tributario y buena fe, accedió a la indemnización, al descartar fuerza mayor, y siendo el daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable como consecuencia de los actos del legislativo¹⁰².

- La Sentencia del 20 de noviembre de 1991 del Tribunal Supremo concluyó que del artículo 9.3 de la constitución española se deduce que la responsabilidad del Estado por el poder legislativo requiere desarrollo normativo y que no puede ser suplido por la jurisprudencia, en consecuencia ante la ausencia de desarrollo se niega la responsabilidad del Estado legislador.

La discusión sobre el artículo 9 constitucional pareció ser zanjada por la ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común español, de 26 de noviembre de 1992, que consagra según Garrido Mayol¹⁰³ una genérica proclamación de la responsabilidad en relación con el poder legislativo. El autor, cita el artículo 139.3 de la ley en mención, el que reza: *“las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de*

101 Casos como el de la ley 40 de 1975 sobre el proceso descolonizador del Sahara; o la ley 53 de 1984 sobre incompatibilidades de los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas, donde también se plantea la responsabilidad del Estado legislador,

102 En el mismo sentido, consultar la sentencia de 27 de junio de 1994 de la misma Corporación, que retoma los argumentos expuestos en el caso de la empresa Pescanova S.A.

103 GARRIDO MAYOL, Vicente. “La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador”. Tirant Lo Blanch. Valencia 2004.

*soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.*¹⁰⁴

De la lectura del artículo citado se deduce que se reconoce la responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización por leyes no expropiatorias por cargas que el lesionado no esté en la obligación de soportar, pero se sujeta a la exigencia de que la ley prevea tal indemnización y en los términos que ella la reconozca. A pesar de ello la doctrina sigue firme en sostener que no se requiere expresa consagración legal de indemnización para que se configure la responsabilidad del Estado por los perjuicios que pueda causar la ley.

A nivel latinoamericano, en **Argentina** la Corte Suprema ha sostenido como regla general la irresponsabilidad del Estado por la función legislativa¹⁰⁵, afirmando que una ley ajustada a la Constitución no puede generar responsabilidad aunque cause perjuicio a particulares, esto se ha sostenido por el perjuicio por cobro legítimo de impuestos, por perjuicios en caso del ejercicio de poderes de guerra y por leyes que organicen o regulen los servicios públicos. Sin embargo excepcionalmente ha aceptado la responsabilidad en virtud de principios como: Existencia de un perjuicio especial¹⁰⁶, enriquecimiento sin causa (fallo 245, 246 y 153 de la Corte Suprema Argentina), lesión al derecho de propiedad¹⁰⁷, sustitución del derecho afectado por una indemnización¹⁰⁸. Respecto de lesiones provenientes de ley declarada inconstitucional no hay referentes jurisprudenciales.¹⁰⁹

En **Chile**¹¹⁰, existe un referente en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 7 de agosto de 1984, en la que se reconoce la responsabilidad del Estado legislador, por la aplicación del decreto 29 de 1976 que prohibió la destrucción y explotación de una planta explotada por el predio Galletue (demandante), siendo la única fuente económica de los copropietarios. La Corte estimó que la ley limitó la propiedad y que estaba autorizada para ello, pero que eso no excluía la indemnización de los perjuicios.

104 Cláusula de responsabilidad, terminológicamente confusa, siguiendo al autor, al hablar de “Administraciones Públicas” y no del Estado como tal, ya que el poder ejecutivo no puede inaplicar la ley creada por el legislador, pues se encuentra sujeto a ella, es al Estado como tal, al que debe atribuírsele responsabilidad. El doctrinante soporta este juicio, en la diferenciación rigurosa entre Administración Pública y Estado, al considerar la primera como gestora o administradora de la Hacienda Pública, y persona jurídica de que se vale el Estado para cumplir sus cometidos. Distinción interesante y nada confusa si se interpreta a la luz del principio democrático de la división de poderes o ramas del poder público que conforman la estructura del Estado.

105 DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo V. Argentina. Plus Ultra Ed. 1971. Pág. 151.

106 CANASI, José. Derecho Administrativo. Volumen II. Buenos aires. Depalma. 1977. Pág. 555.

107 DIEZ, Manuel María. Ob. Cit. Pág. 155.

108 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Sexta edición. Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina. Pág. 566

109 Ibid.

110 BARRICHARRA, Juan Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Chile. Producciones Universitarias. 1985.

En **Uruguay**¹¹¹, se sostiene la responsabilidad del Estado derivada de la ley con fundamento en el rompimiento de la igualdad en las cargas públicas, así lo sostuvo la Corte Suprema en sentencia de 25 de marzo de 1945 donde se reconoció la responsabilidad por un acto legislativo que monopolizó actividades privadas lícitas, afirmando la Corte que cuando la ley perjudica de manera excepcional a unos pocos y beneficia a todos, debe indemnizarse al lesionado para restablecer el equilibrio de las cargas públicas.

2.2 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA

2.2.1 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de octubre de 1990

La Sociedad Felipe Garrido Sardi y Cía. Ltda., presentó acción de nulidad de la ordenanza departamental 025 de 2 de diciembre de 1981 y el decreto 623 del 30 de marzo de 1982, las cuales crearon un nuevo impuesto sobre licores extranjeros sobre la base de cobrar el bodegaje de estos licores. Las normas demandadas fueron declaradas nulas por la primera instancia (Tribunal Administrativo del Valle del Cauca) y la decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, en el entendido que los actos administrativos demandados de nulidad invadieron las facultades del legislador al establecer un impuesto de carácter nacional. Con fundamento en la sentencia que declaró la nulidad de los actos administrativos la sociedad demandó la indemnización de perjuicios contra el Departamento del Valle del Cauca, por los perjuicios que la aplicación de los actos declarados nulos causó en su patrimonio al disminuir la importación, distribución y venta de licores. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia de 12 de diciembre de 1987 negó las pretensiones de la actora afirmando que de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos no puede surgir ipso facto responsabilidad del Estado además de que ellas regulaban situaciones de carácter generales, impersonales y abstractas. Se señaló en esa oportunidad: *“no por ello puede surgir para el Departamento del Cauca una responsabilidad. El administrado estaba asistido del derecho de demandar los actos administrativos que estimaba no solo contrarios a normas superiores de derecho, sino gravosos a su patrimonio y, en efecto lo ejerció con éxito. De allí a concluir que la conducta oficial debe ser tomada como fuente de indemnización, cuando no se le puede encajar dentro de las vías de hecho o la operación administrativa, está por fuera de una exacta valoración jurídica de lo sucedido.”*

Presentado el recurso de alzada, el Consejo de Estado reiteró la decisión del a-quo. Citando a Vedel consideró que:

“a) El juez debe interpretar la voluntad del legislador deduciendo de su silencio y teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización.

111 Rotondo, Felipe: Manual de Derecho Administrativo, del Foro, Montevideo. 2000. Ver también Sayagués Laso, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, FCU, Mdeo. 1991

b) La responsabilidad se basa en el principio de todos ante las cargas públicas, la ley impone a un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general.

c) El interés general en nombre del cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica.” Aplicando lo anterior el Consejo de Estado concluyó en el caso que “la interpretación de la voluntad del legislador no permitía inferir que éste, teniendo en cuenta las circunstancias, tuviera la decisión de que se indemnizara a los posibles damnificados con los efectos jurídicos producidos por la ordenanza y el Decreto citados. Adicionalmente, las normas beneficiaban a toda la colectividad”

En la sentencia en cita, el Consejo de Estado si bien no acepta la responsabilidad del Estado por los hechos que originaron la demanda, deja abierta la posibilidad de reconocer responsabilidad al Estado por el hecho de la ley cuando a pesar su generalidad y con miras al interés general o colectivo, causa un perjuicio especial que rompe la igualdad ante las cargas publicas.

2.2.2 Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 12 de noviembre de 1992. Con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón, la Corte Constitucional se pronunció en sentido genérico sobre la responsabilidad del Estado e implícitamente sugiere que la ley puede generarla, de la siguiente manera: *“En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales. (...) Ahora bien, en última instancia, el único responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen – acorde con los derechos fundamentales – las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos, y todo ello de forma eficaz y diligente. (...) **Si mientras la constitución protege el derecho a la vida el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete al Estado.** (...) (Negrita fuera del texto).*

Esta sentencia no desarrolla específicamente la responsabilidad del Estado, pero sienta premisas sobre las obligaciones de cada poder público y se señala que cada una de ellas puede generar una eventual responsabilidad del Estado, teniendo en cuenta la transformación en la concepción del orden jurídico y del Estado que trajo la Constitución de 1991.

2.2.3 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 13 de diciembre de 1995. Durante el proceso de redacción de la Constitución de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó una disposición transitoria de Convocatoria a nuevas

elecciones de congreso, lo cual se hizo el 1 de diciembre de 1991 y esto conllevó la suspensión de los períodos de los Congresistas. A raíz de ello, el senador Feisal Mustafá Barbosa, instauró acción solicitando la declaración de responsabilidad del Estado colombiano por los perjuicios que le fueron ocasionados por la suspensión del período legislativo, para el cual había sido elegido como congresista.

El fallo de Primera instancia negó las pretensiones del congresista señalando que las normas constitucionales no son generadoras de responsabilidad del Estado, porque ellas son la norma superior. El Consejo de Estado confirmó la decisión haciendo énfasis en el poder constituyente primario previo e independiente, representado en la Asamblea Nacional constituyente y que como tal puede cambiar o crear un nuevo orden constitucional. Sobre la responsabilidad del Estado señaló que esta se puede deducir *“en la medida que exista un órgano competente para hacerlo y un marco jurídico anterior, que permita el cotejo de la actuación cuestionada”*.

Aplicando esta premisa al caso del senador Mustafá, el Consejo de Estado se declaró incompetente para conocer de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, con el argumento que *“en el caso no existe ni un órgano competente para ejercer dicho control, ni un marco jurídico anterior. Por lo tanto no es posible deducir responsabilidad al poder constituyente, y la jurisdicción contenciosa administrativa o cualquier otra jurisdicción, no tiene dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento sobre lo que hizo la Asamblea Nacional Constituyente”*

En síntesis, el Consejo de Estado negó la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, por considerar que es un órgano que ejerce directamente la soberanía -por provenir del constituyente primario-, y que como tal, sus actos no están sujetos a ningún control jurisdiccional, es decir, por carecer de competencia.

Personalmente se considera que en principio el poder constituyente como origen y norma superior no puede generar responsabilidad del Estado y no es susceptible de control jurisdiccional. Se dice en principio porque a pesar de la superioridad de la norma constitucional, no se admite que la Constitución Política en un Estado Social de Derecho desconozca algunos derechos adquiridos, el poder soberano no es absoluto en el sentido de que encuentra su límite en las fronteras impuestas por los derechos fundamentales, que son la razón de ser del contrato social pactado en la Constitución Política.

2.2.4 Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 16 de octubre de 1996. Esta sentencia, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución (acción de cumplimiento y acciones populares). La demanda fue concreta, omisión legislativa absoluta, y al no existir precedente al respecto, la Corte se permitió hacer un breve recuento de las omisiones legislativas en general, distinguiéndolas entre absolutas y relativas.

Entiende la Corte Constitucional por omisión legislativa *"todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución"*. Dichas omisiones, entonces, se identifican con la *"no acción"* o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar. En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente.¹¹²

Señala las maneras como el legislador puede vulnerar los deberes que le impone la Constitución, así:

"- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; (omisión absoluta).

- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; (omisión relativa).

- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.(omisión relativa)".

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa (omisión relativa)¹¹³.

El problema jurídico resuelto en la sentencia fue la competencia o incompetencia de la Corte Constitucional para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. La Corte reitera la procedencia de control constitucional por omisiones legislativas, pero la restringe a las omisiones relativas y las niega para las absolutas por carecer de competencia para conocer de estas demandas, señalando que la guarda de la integridad y supremacía de la Carta se le confía *"en los estrictos y precisos términos del artículo 241"*. Por lo tanto, su labor se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en el precepto citado, de manera que no le es permitido extender su competencia a asuntos no señalados allí expresamente y constata que no se lo autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada.

112 Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 16 de octubre de 1996. MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

113 Ibidem.

La ratio decidendi de la sentencia y tesis mayoritaria señala que *“Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: **si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.** Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía y, de hecho ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos de violación al principio de igualdad o al debido proceso”* (negrilla fuera de texto).¹¹⁴

Sin embargo, con una tesis bien fundamentada y brillante los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández se inclinan por una respuesta intermedia al problema jurídico, señalando su no conformidad con la tesis de la sentencia y refutando la ratio decidendi de la sentencia, según la cual el objeto sobre el que recae el control constitucional es el texto legal, y que allí en donde no hay texto, entonces existe un vacío de regulación que imposibilita la actividad del juez constitucional. Los magistrados distinguen entre el texto legislativo (enunciado legal) y las normas o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden de ellos, señalando que mientras que el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas o proposiciones normativas son el resultado de las misma. Basado en esta distinción concluyen los magistrados que el control constitucional, tal como lo ha expresado la Corte en reiterada jurisprudencia, se realiza sobre la norma y no sobre el texto. Señalan además que una omisión legislativa absoluta no implica un vacío de regulación, sino una regulación diversa, pues en los ordenamientos jurídicos no existen lagunas normativas debido a su plenitud hermética, si la ley no regula un tema, en realidad no hay vacíos normativos, pues los principios del ordenamiento y la propia actividad judicial se encargan de llenar el vacío legal. Por ende, si el Legislador no expide una normatividad sobre un tema, ello no significa que la materia deje de estar regulada sino que su regulación es diferente a la que existiría de haber sido expedida la correspondiente legislación. **La conclusión es entonces obvia: las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos, pues la ausencia de texto legal produce normas.**

Entonces, si el control constitucional versa sobre normas, y las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos, se concluye que puede haber en el constitucionalismo colombiano un cierto control sobre las omisiones legislativas absolutas, el cual recae sobre la norma derivada de la omisión legislativa, la cual puede ser contraria a la Carta. En efecto, si la Constitución ordena pero el Legislador no desarrolla ese mandato, habrá una contradicción entre el orden legal y la norma constitucional.

114 Ibid.

De esta manera, es importante resaltar como antecedente que se reconoce que el legislador no es omnipotente y perfecto, al contrario incurre – y muy a menudo en Colombia- en omisiones, que pueden ser relativas o absolutas, y que es posible demandar su inconstitucionalidad pero solo respecto de las primeras porque la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para las segundas.

Somos partidarios del salvamento de voto, en el sentido de considerar que a partir de un análisis integrador de la Constitución de 1991, se puede afirmar que es posible el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas porque ellas constituyen una forma de transgredir la norma superior que debe imponerse sobre todas las autoridades publicas en el entendido de que ninguna de ellas (incluido el legislador) tiene poderes absolutos, y por lo tanto, no puede existir en un Estado social de Derecho vulneración de derechos bien sea por acción o por omisión de sus autoridades y quedar sin control y juicio de responsabilidad. En otro capítulo se analizara las consecuencias de la incompetencia de la Corte Constitucional para la configuración de la responsabilidad del Estado por omisiones legislativas.

2.2.5 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 25 de agosto de 1998. La muerte del señor César Julio Cuervo, tras ser arrollado por un vehículo diplomático, propiedad de la embajada norteamericana y el cual al momento del suceso era conducido por un agente militar de ese país, dio lugar a que la esposa del fallecido incoara demanda de reparación de perjuicios ante la Corte Suprema de Justicia, tribunal que se declaro sin competencia debido al fuero diplomático jurisdiccional que le reconoció la ley 6 de 1974 que aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas al autor del hecho. Con fundamento en esta inhibición del Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria, se instaura acción de reparación directa solicitando la declaración de responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización, porque si bien no causó el hecho que generó el perjuicio, aprobó la Convención de Viena a través de la ley 6 de 1974, ley cuya aplicación impide obtener el resarcimiento del daño por el hecho de la inmunidad jurisdiccional diplomática reconocida al autor del daño.

La primera instancia declaró la responsabilidad del Estado por los perjuicios debido a una vulneración del Derecho de Acceso a la administración de Justicia, desechando la responsabilidad del Estado por la aplicación de la ley, argumentando que la ley 6 de 1974 simplemente aprobó un convenio internacional sobre relaciones diplomáticas suscrito por el Estado a través del Presidente de la República y por ello no podía causar perjuicios, y que la responsabilidad por acto legislativo exige la violación de *“mandatos constitucionales que otorguen específicos derechos a las personas que se sientan lesionadas por su expedición, todo ello dentro de la organización jerárquica del sistema jurídico, o que aquellos, como resultado de su aplicación, vean disminuido su patrimonio en forma mas gravosa que la que corresponde al común de quienes integran el conglomerado social sometido al imperio de la norma”*

El Consejo de Estado, ratificó la responsabilidad del Estado con fundamento en la Teoría del daño especial, señalando que con la ley 6 de 1974 se colocó a la actora ciudadana colombiana en un situación especial y excepcional ante la imposibilidad de obtener justicia en Colombia, porque la Corte Suprema de Justicia rechazó la demanda por falta de jurisdicción ante la inmunidad diplomática del autor, y este hecho vulnera el derecho de acceso a la administración de Justicia comprometiendo la responsabilidad estatal.

Se reconoce que la ley acusada al contemplar la inmunidad diplomática causó un daño antijurídico a ciudadanos colombianos en dos sentidos, negó la posibilidad de demandar en Colombia contra el actor de los hechos la reparación de los perjuicios sufridos y desequilibro las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, al imponérseles la necesidad de demandar ante la justicia del Estado acreditante, lo cual si está permitido por la Convención de Viena.

En esta sentencia es importante analizar la imputación jurídica de la responsabilidad del Estado, para establecer si en ella se reconoce la responsabilidad por la función legislativa. Como primera medida el Consejo de Estado refuta la tesis del Tribunal de Cundinamarca según la cual para predicar la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley es necesario que la misma sea contraria a la Constitución. Por el contrario, se ratifica en la posición de que a partir de la Constitución de 1991 se traslado el fundamento de la responsabilidad de la antijuridicidad de la conducta a la antijuridicidad del daño mismo, por ello no es necesario que la conducta sea contraria a las normas superiores para que el daño que cause sea antijurídico y reparable.

Derivado de lo anterior, se reconoce que los actos lícitos o legítimos del Estado pueden dar lugar a responsabilidad del Estado, por ejemplo, el manejo de las relaciones diplomáticas a través de un acto complejo como la convención de Viena. Si el particular no tiene la obligación de soportar los perjuicios que la nación le cause por el cumplimiento de sus obligaciones con otros Estados, el Estado debe asumir frente a este las consecuencias patrimoniales de una actividad necesaria y de la cual no se puede sustraer.

La opinión personal sobre el título de imputación jurídica de la responsabilidad del Estado, es afirmativa sobre el reconocimiento por parte del Consejo de Estado de la responsabilidad del Estado por la función legislativa. Si bien no se dijo expresamente que el Estado era responsable por el ejercicio de la función legislativa, esta se reconoció implícitamente acudiendo a un título de imputación originado en la responsabilidad del Estado por la función administrativa. Mas adelante trataremos nuevamente sobre este antecedente jurisprudencial de la responsabilidad del Estado legislador.

Esta tesis fue reiterada en sentencia IJ-002 08 de septiembre de 1998, con las mismas consideraciones.

2.2.6 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de noviembre de 2001. En ejercicio de la acción de reparación directa el señor Oswaldo Patascoy Martínez ante el Tribunal Administrativo de Nariño solicitó la declaración de responsabilidad de la Nación colombiana por la omisión derivada de la falla del servicio legislativo, por no reglamentar el artículo 39 de la Constitución Política, puesto que tal omisión le impedía que las autoridades judiciales declaren y reconozcan los derechos y garantías que se derivan del fuero sindical con el cual está amparado como ex servidor del HIMAT (hoy “INAT”) debido a su condición de Suplente – Secretario de Organización de la Junta Directiva del SINALTRAHIMAT”.

La primera instancia negó las pretensiones de la demanda considerando que no se configuraron los presupuestos de la acción de reparación directa., teniendo en cuenta que la inacción legislativa no puede tenerse como obligación, porque el sistema normativo vigente no le ha dado al Congreso un término perentorio para que expida los desarrollos legislativos en los múltiples aspectos que señala la Constitución Política.

El Consejo de Estado acepta esta tesis, señalando que la naturaleza de las funciones legislativas otorgadas al Congreso en los artículos 114 y 150, no se pueden concebir como una obligación porque no están delimitadas en el tiempo y por ello la no producción de leyes no puede sancionarse jurídicamente, solo en un evento esto es posible, lo señala el inciso 3º del artículo 341 Constitucional con la pérdida de la competencia material del Congreso en ese año, por el no ejercicio de la función en ese término de tres meses, para expedir la ley de aprobación al Plan Nacional de Inversiones Públicas, y además transmite esa competencia al Gobierno nacional.

La conclusión de la sentencia es que, *“por lo general, LA FUNCIÓN LEGISLATIVA no puede equiparse a OBLIGACIÓN ni a DEBER JURÍDICO. La función legislativa en principio se ejercerá programáticamente; los cometidos estatales que se buscan con la ley no son, en principio, de ejercicio inmediato y concomitante con el apareamiento de la Carta Fundamental.”*

En este sentido, no existiendo obligación no puede configurarse la tal omisión en la medida de no preverse un plazo o termino para su cumplimiento. Y para efecto de la responsabilidad, el ejercicio del derecho de acción ante los jueces con el objeto de declarar responsable al Estado requiere, necesariamente, como lo dice el artículo 90 Constitucional, que **una acción o una omisión** de una Autoridad Pública, cualquiera sea, **cause un daño antijurídico**, a una persona o a sus bienes. La **omisión como conducta jurídica reprochable** requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado. Y **la omisión ESTATAL como causa de imputación del daño indemnizable** exige, de una parte, la presencia de dos sujetos - el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber – y la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero) – Art. 90 Constitución.

A nuestro entender, el Consejo de Estado asume que la actividad legislativa es una facultad no un deber ni una obligación, porque esta no tiene un término de cumplimiento preciso y en consecuencia debe ser desarrollada cuanto la situación lo amerite. Por lo tanto, no puede existir juicio de responsabilidad por omisión legislativa. Esta posición del Consejo de Estado es retrógrada y no acorde con una Constitución como la promulgada en 1991 por los colombianos, especialmente con un Estado Social de Derecho fundada en la solidaridad, legalidad, igualdad y la responsabilidad de sus servidores públicos. No es posible aceptar que las normas constitucionales, específicamente las que ordenan expedir leyes al legislador en desarrollo directo de la norma superior, no sean exigibles sino facultativas ello va en contravía de la superioridad normativa del artículo 4.

2.2.7 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 26 de septiembre de 2002. La situación fáctica que dio origen a la demanda de reparación directa fue la sentencia C-523 de 1995, en la cual se declaró la inexecutable del numeral 2.7 del artículo 1 de la ley 168 de 1994, disposición que incorporaba los recursos percibidos por el Estado por concepto de los contratos de concesión a particulares de la telefonía móvil celular en el rubro de recursos de capital, excedentes financieros de la Nación, de manera tal que dichos recursos pasaban a un fondo especial y no eran distribuidos entre las entidades territoriales. Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición en cuestión dichos recursos ingresaron al rubro de ingresos corrientes de la Nación rentas contractuales- y debían ser distribuidos a las entidades territoriales. Sin embargo, la Corte Constitucional no le dio de manera expresa efectos retroactivos a su decisión y, por lo tanto, durante el año 1994 las entidades territoriales no tuvieron derecho a participar en dichas rentas.

En esta sentencia el Consejo de Estado se planteó el problema de establecer si es posible con fundamento en una sentencia de inexecutable sin efectos retroactivos reconocer los perjuicios causados por la ley mientras estuvo vigente, es decir, desde la fecha de su promulgación hasta el momento del pronunciamiento de la Corte Constitucional. La decisión fue negativa, debido a que el artículo 5 de la ley 217 de 1995, expresamente señaló que la sentencia C-523 de 1995 tendría efectos a futuro a partir de su notificación y este artículo fue declarado executable en sentencia C-270 de 2000. Entonces, en este caso concreto el Consejo de Estado rechazó las pretensiones de la demanda y sostuvo que en estos casos no procede la figura de la excepción de inconstitucionalidad pues se presume que la sentencia tiene efectos pro futuro, en virtud de la regla -establecida por la propia Corte Constitucional- según la cual sus fallos tienen efectos *ex nunc* a menos que ella misma decida otra cosa. Textualmente el Consejo de Estado afirmó: *“La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse,*

porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas.”

Entonces, solo en el evento que la misma Corte Constitucional le otorgue efectos retroactivos a la decisión de inconstitucionalidad es posible que el Consejo de Estado reconozca la indemnización de perjuicios causados por la ley declarada inconstitucional durante el tiempo en que estuvo vigente. Consideramos que este es solo uno de los eventos en que se puede dar la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, porque como expondremos más adelante, también hay lugar a la responsabilidad del Estado por leyes constitucionales.

2.2.8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de quince de mayo de 2003. En esta oportunidad se solicitó la declaratoria de responsabilidad del Estado por falla del servicio legislativo por ley declarada inexequible, a través de la acción de repetición. La primera instancia rechazó la demanda considerando que no era la acción procedente. Sin embargo, el Consejo de Estado señaló que la acción de reparación directa fue adecuada. Además reconoció que es posible la reparación de los daños causados por leyes declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, siempre y cuando estos daños se encuentren debidamente acreditados. Lo que no quiere decir que la inexequibilidad implique ipso facto el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.

Señaló el Consejo de Estado: *“En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexequible, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública.”* Expresamente se reconoce que el legislador incurre en falta cuando expide leyes que son declaradas inexequibles y estas faltas pueden dar lugar a responsabilidad del Estado.

2.2.9 Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1 de febrero de 2006. En esta oportunidad se cuestionó la constitucionalidad del artículo 86 del CCA por omisión legislativa relativa, aduciendo que a partir de la Constitución de 1991 se reconoció la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y sin embargo la ley 446 de 1998 al reformar el artículo 86 del CCA, olvidó incluir expresamente la acción u omisión del legislador como supuesto que da lugar a la acción de reparación. No se acepta la omisión legislativa pero se declara la exequibilidad del inciso primero del artículo 86 del C.C.A., modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, bajo el entendido de que el artículo 90 como base de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por los actos de las autoridades públicas en general, comprende la

responsabilidad por las actuaciones de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas.

Discernió así la alta corporación: “...tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. (...) De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo esta expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento” (...) Entonces, de conformidad con la interpretación que ha hecho el órgano judicial encargado de fijar el alcance del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad provenientes de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador.”

De la interpretación de los artículos 58, 336 y 365 constitucionales deduce que la misma Constitución contempló que la ley puede causar daños antijurídicos que deben ser resarcidos por el Estado, pero va más allá señalando que la responsabilidad del Estado no se circunscribe a los eventos de los artículos señalados ni a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, pues su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, y descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución. Pero advierte que la facultad para regular lo atinente a los títulos de imputación del daño antijurídico por acción u omisión del legislador, está radicada en el mismo legislador y en la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Reconoce que no es de su competencia la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, aunque excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias.

115

115 Cita como ejemplo de ello la sentencia C-149 de 1992. “En el año de 1992 el Congreso expidió una ley por medio de la cual se creaban unos Bonos para el Desarrollo Social y la Seguridad Interna en los cuales debían invertir forzosamente las personas naturales y jurídicas cuyo patrimonio superara cierta cuantía. A juicio de la Corte Constitucional tales bonos realmente eran un impuesto el cual además se había establecido violando el principio de irretroactividad tributaria., en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992

Es clara esta sentencia al señalar que el artículo 90 superior comprende la responsabilidad del Estado por la función legislativa y que la acción procedente para su reclamación es la acción de reparación directa del artículo 86 del CCA. Solo falta que la ley y la jurisprudencia recuerden su papel en la evolución del derecho y creen los títulos de imputación de tal responsabilidad.

y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.” Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA

3.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Del preámbulo y el título primero de la Constitución Nacional, fluyen entrelazados los unos de los otros los pilares del Estado colombiano. Estos enunciados establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional, delimitan las relaciones que existen entre los ciudadanos y las autoridades, condensan la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta que irradian todo el ordenamiento constitucional, y son criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, entre ellas, **la responsabilidad del Estado**.

En este capítulo se realizará un análisis de la responsabilidad estatal en la Constitución Política de 1991 y específicamente se buscará en la norma superior los fundamentos de una teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, previa sinopsis de las bases filosóficas y políticas del Estado, como marco conceptual y teórico necesario para su comprensión y criterio obligatorio de interpretación.

El primer rasgo definitorio que emerge del preámbulo y el artículo 3, es el concepto de **soberanía**¹¹⁶. La Constitución Política de 1991 varió la tradicional concepción de la soberanía nacional de la Revolución Francesa para adoptar la soberanía popular de Rousseau, Locke, Hobbes. De esta manera se reconoce la fuente de poder en los individuos, la suma de las voluntades de todos los individuos es el poder supremo del Estado. El pueblo ejerce la soberanía directamente o por medio de sus representantes. Ligado al artículo primero, se reconoce el Principio de la **democracia**, y específicamente la democracia directa y participativa, sin perjuicio de la representativa. En concordancia con el concepto de soberanía popular y democracia, la constitución amplió los mecanismos de participación ciudadana, la elección de los representantes y su control (revocatoria del mandato y pérdida de investidura y el voto programático).¹¹⁷ El principio democrático es de suma importancia para el Estado por que de él deriva su legitimidad.

El artículo 1 constitucional establece que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en*

116 **ARTICULO 3o.** La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

117 Artículos 40, 86 y ss, 103, 133, 183 y 184, y 259 de la CN

la prevalencia del interés general.” Este artículo comprende el fundamento filosófico, político y axiológico del Estado colombiano, en él confluye toda la evolución de la Teoría del Estado y la Teoría Constitucional. Inicia el artículo proclamando el **Estado como Social de Derecho**, este concepto desde 1991 se escucha en palabras de todos los colombianos pretendiendo deducir de él una fórmula mágica que logre mejorar nuestra realidad, sin que la mayoría de nosotros realmente sepamos lo que significa. La Corte Constitucional puede ayudar al respecto.

Las implicaciones de la concepción del Estado Social de Derecho fueron dilucidadas por la Corte Constitucional en Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 (M. P.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero): *"La declaración expresa formulada por la nueva Constitución Política (artículo 1º) en el sentido de que Colombia es un Estado Social de Derecho, corresponde a una definición ontológica del Estado, que alude a un elemento esencial de su estructura. Se trata de un concepto que, sin desconocer los postulados sobre los que se sostiene el Estado de Derecho, subraya el fundamento que el interés común confiere a la actividad del Estado y a la responsabilidad de las autoridades públicas, llamadas a intervenir, dentro de los marcos constitucionales, para asegurar a los gobernados unas condiciones mínimas de convivencia, las cuales no son dádiva o merced que dispense el gobernante, sino verdadero derecho tutelado por la Carta Fundamental.*

Siendo parte de la definición del Estado, el término "social" no puede ser visto como algo intrascendente o residual, sino como un concepto cuyo contenido debe reflejarse en la actuación de los poderes públicos y muy especialmente en las previsiones del legislador en materias que, como el trabajo, tienen hondas repercusiones en el desenvolvimiento de la vida comunitaria.

El carácter del Estado de Derecho, sin embargo, no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona y en el interés colectivo los puntos de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le suma la efectividad de los derechos humanos y la justicia social como elementos que cohesionan y orientan la acción del Estado. Si bien la noción del Estado Social de Derecho gobierna la actuación de todos los operadores jurídicos, en el caso que nos ocupa ella está dirigida muy específicamente a la relación del Estado con sus servidores; dentro de él, el poder público está sujeto a un marco axiológico completo, establecido por la Constitución, cuyo fundamento es la persona humana. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyen las consecuencias prácticas de esa filosofía."¹¹⁸

De la concepción del Estado social de Derecho, además emana el **principio de legalidad**, como el principio rector del ejercicio del poder. El cual a su vez se

118 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-479/92. Ver también Corte Constitucional. Sentencias SU-747/98 y C-1064/01.

desarrolla en el artículo 116 constitucional que prevé la no existencia de facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas. El Máximo Tribunal de lo Constitucional al respecto ha aclarado: *“La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. (...) Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar -definir lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad.”*¹¹⁹

En concordancia, el artículo 2 constitucional señala los **finés esenciales del Estado** (Social de Derecho), ellos son: *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*. (Subraya fuera del texto). Las autoridades públicas no pueden ser ajenas a la finalidad del Estado, por ello el inciso segundo del artículo 2, impone una función básica y general de las autoridades que le dan vida al Estado, esta función es: *“proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”*

En el artículo cuarto¹²⁰ la constitución se proclama como **norma de normas** (norma normarun), es decir, como estatuto supremo y básico de la organización estatal. De esta premisa se extraen varias consecuencias, primero, la superioridad normativa de la Constitución que se deriva del ejercicio soberano del poder del titular de la soberanía, el pueblo, en este sentido la constitución es la norma básica en la que se funda y sostiene el orden jurídico del Estado. Segunda, como norma superior exige el

119 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-710/01

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

cumplimiento y respeto de ella no solo por las autoridades sino por los ciudadanos. Tercera, a partir de ella se establece una jerarquía normativa que permite establecer una sujeción de cierto rango de normas frente a otras, es decir, no todas las normas son igualmente prevalentes. La constitución es superior a la ley, y esta a su vez es superior a los actos administrativos.

El artículo quinto¹²¹ en desarrollo del principio de la **dignidad humana**, reconoce que el Estado tiene una orientación humanista, que reconoce la primacía de los **derechos inalienables de la persona**. De esta manera estos derechos, se constituyen por un lado, en fin y fundamento del Estado, y por otro, en límite, porque el Estado como poder no puede inmiscuirse indebidamente ni vulnerarlos. Así ha sido reconocido por la Corte Constitucional, entre otras sentencias, en la T-179/00 al señalar: *“En el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado”*

Otros principios básicos del Estado son el de **solidaridad** (C.P. art. 1º) y el de **igualdad** (C.P. 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. 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. Sobre la igualdad ha dicho la Corte Constitucional: *“...Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la **igualdad material** es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.”*¹²²

El artículo 113 de la Constitución colombiana consagra el principio básico del Estado, herencia de Locke y Montesquieu, el principio de **separación de funciones de las distintas ramas del poder público**¹²³, al estatuir: *“Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”*

121 ARTICULO 5o. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

122 Colombia. Corte constitucional. Sentencia C-1064/01.

123 La Corte Constitucional ha entendido este principio así: *“(…) La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado.”*¹²³ Corte Constitucional. Sentencia C-830/01. Ver también C-312 de 1997.

Pero el constituyente realizó algunas modificaciones a la Teoría Clásica de la Separación de Poderes, admitiendo a la vez, la existencia de otros órganos autónomos e independientes, entre los que se destacan el sistema electoral; los organismos de control y fiscalización como son la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República; el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión. El cambio más significativo que se introdujo en esta materia fue la consagración en el aparte final del artículo 113 C.P. del deber de colaboración armónica que rige no sólo para las ramas del poder, sino también para los organismos autónomos.

En Colombia a diferencia de otros Estados, la responsabilidad del Estado por la función legislativa no ha recibido tratamiento legal, solo algunas sentencias se refieren a ella. Sin embargo se trata de comprobar que de un análisis sistemático de la misma se puede deducir que en Colombia hay fundamentos suficientes para su reconocimiento.

Como se analizó, la Constitución Política de 1991 aboga por la responsabilidad del Estado, especialmente frente al tenor del artículo 1 constitucional no caben los argumentos de soberanía para negar la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, ello es incompatible con un Estado Social de Derecho con los fines de *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”* (artículo 2 C. N). Esta naturaleza garantista del Estado lo hace inherente a la responsabilidad por los daños que por sus actos y omisiones se produzcan, no importando de qué rama del poder público provengan (artículo 6 y 90).

Ahora, veremos si la Cláusula General de Responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional incluye la responsabilidad del Estado por la función legislativa, este artículo de manera general señala que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las **autoridades públicas**.”* Ahora bien, habrá de determinar que se entiende por autoridad pública y si en ella se incluye a las autoridades encargadas de hacer la ley.

La Corte Constitucional en sentencia C-501 de 1992 tuvo oportunidad de referirse al concepto de autoridad pública, expresó el Máximo Tribunal que debe entenderse por ellas todas aquellas personas que están facultadas para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado, veamos lo que dijo la Corte: *“(…) es necesario determinar el evento en que la autoridad es **pública**, lo cual se presenta cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión **autoridad** sirve para designar a quien*

encarna y ejerce esa potestad. (...). Entonces, por "autoridades públicas" deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliquen y afecten a los particulares".¹²⁴ (Negrilla y subraya de los autores).

Igualmente, en sentencia SU-257 de 1997 la Corte, se refirió al concepto de autoridad pública señalando que el mismo "es genérico y cobija a todos aquellos individuos o instituciones que tienen potestad de mando o decisión (Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), y se aplica, por supuesto, a quienes, no obstante estar sometidos a las órdenes o mandatos de sus superiores jerárquicos, están en posibilidad de imponer a los gobernados, debiendo ser obedecidos, conductas o abstenciones, con mayor razón si ellas son exigibles incluso por la fuerza."¹²⁵

Precisado el concepto de autoridad pública, se debe ahora analizar si el legislador es una autoridad pública. El Consejo de Estado ha señalado que esta autoridad puede ser política, entendiendo esta como "la potestad que pertenece al pueblo y que ha sido encomendada a una persona para conducirlo en la realización de los fines del Estado, integrando sus habitantes, organizando su actividad, vinculando entre sí sus distintas autoridades, con el privilegio de hacerse obedecer. Por ello, al lado del artículo 2 de nuestra Carta, el artículo 3 ídem consagra: "Art. 3º. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece."¹²⁶ También en sentencia del primero de febrero de dos mil con ponencia de Ricardo Hoyos Duque, se entendió la autoridad pública política "como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 íbidem) en el nivel nacional"

Tenemos entonces que el legislador es una autoridad pública que ejerce el poder político, específicamente ejerciendo la función de hacer la ley, como lo señala el artículo 114 constitucional.¹²⁷ Sin embargo, a pesar de los amplios poderes que tiene el legislador, como se sustentó anteriormente en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, ni los gobernantes, ni las autoridades de cualquier orden pueden tener facultades ilimitadas, por cuanto, precisamente lo que caracteriza al Estado democrático es la imposición de límites al ejercicio de la autoridad pública. Lo anterior tiene como sustento jurídico el deber estatal -por intermedio de las autoridades públicas- de proteger a todas las personas residentes en Colombia "en su vida,

124 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-501 de 21 de agosto de 1992. M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

125 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU 257/97

126 Colombia. Consejo de estado Sentencia PI-039 del 02/05/21. Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.

127 Así se puede deducir del siguiente aparte de la sentencia C-1648 de 2000 de la Corte Constitucional: "(...) Así, si el mismo constituyente otorga al Congreso de la República, en su condición de órgano político de representación popular, el ejercicio de la función legislativa del Estado, para que por su intermedio de determinen los presupuestos jurídicos que van a regular las relaciones políticas, sociales y económicas en los diferentes momentos de la vida estatal."

honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" (Art. 2 C.P.). Dentro del concepto de "autoridad pública" lógicamente se encuentra el legislador.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, veamos: *"Conforme a lo expuesto queda establecido, que corresponde al Congreso de la República expedir las normas restrictivas de las libertades y derechos ciudadanos con base en razones de orden público e interés general. Sin embargo, tal como lo ha precisado esta Corte¹²⁸ no puede admitirse la existencia de una competencia discrecional del Congreso en la materia, puesto que su actuación se encuentra limitada por la misma Constitución y los tratados y convenios internacionales que reconocen e imponen el respeto y efectividad de los derechos humanos (CP art. 93), límites que emanan de la necesidad de garantizar el respeto a la dignidad humana, el ejercicio pleno de los derechos fundamentales en lo que atañe con su núcleo esencial y especialmente la realización del bien común."*¹²⁹

Por lo tanto, bástenos por este capítulo señalar que en un Estado Social de Derecho no existen poderes absolutos conferidos a ninguna autoridad y ni siquiera un poder de representación directa como es el legislativo tiene esa facultad. Por lo anterior debe admitirse la responsabilidad por la función legislativa, cuando provoca un daño grave y concreto por agresión a una situación jurídica lícita que no sea perjudicial ni peligrosa, en general, para el colectivo. Se concluye entonces que el artículo 90 constitucional establece la responsabilidad administrativa, legislativa y jurisdiccional¹³⁰.

Y aún en el caso de que no se acepte esta interpretación del artículo 90, de todas formas, la responsabilidad que nos ocupa, como se evidenció en párrafos anteriores, emana de los principios constitucionales que nutren el Estado Social de Derecho.

3.2 ACERCAMIENTO A UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

Una teoría de la responsabilidad del Estado colombiano debe partir del artículo 90 constitucional. Así, la responsabilidad del Estado legislador requiere la configuración de dos elementos básicos: a) El daño antijurídico provocado por la acción u omisión

128 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-110 de 2000

129 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-790/02. en este sentido ver sentencia C-038 de 1995 sobre límites al legislador y libertad de configuración legislativa.

130 "[l]a redacción del artículo [90] está indicando que el Estado responde por los daños cualquiera que sea su actividad; se abre así el campo a las responsabilidades legislativa, judicial, etc., que deberán definir la jurisprudencia o la Ley". LLERAS DE LA FUENTE, Carlos, et. al. *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Carrera 7a, 1992. p. 198. En este mismo sentido Bustamante Ledesma afirma "(...) esta concepción es imperioso revisarla para incluir las funciones legislativa y jurisdiccional como fuentes incuestionables de responsabilidad administrativa (...) Con fundamento en el art. 90 de nuestra Carta la responsabilidad administrativa del Estado por fallas en la función legislativa es sostenible con mayores argumentos y las tesis que en este sentido se han expuesto cuentan con un innegable respaldo de orden constitucional". BUSTAMANTE LEDESMA, Op. cit. p. 30

de una autoridad pública (legislador) y b) La imputabilidad de los dos anteriores al Estado o nexos causales (imputatio facti más imputatio juris).

Recordemos que una de las razones para negar la responsabilidad del Estado legislador son los efectos patrimoniales por el reconocimiento de derecho a indemnización, en tanto las sumas que deberían reconocerse atentarían gravemente contra el patrimonio del Estado. Sin embargo, como se dijo en su momento, el aceptar que la ley puede ocasionar daños no significa que todo daño sea indemnizable, ello sería un exabrupto y conllevaría a una parálisis de la evolución legislativa. El daño causado por una ley para que sea indemnizable debe ser:

a) **Cierto o efectivo y personal.** Por lo primero, el perjuicio debe haberse configurado o causado realmente y no tienen cabida eventuales o supuestos daños por la aplicación de la ley. En cuanto al carácter personal del daño se exige que la persona que ejercite el derecho de acción posea un interés para obrar, pues si no hay interés, no hay acción.

b) A tenor del artículo 90 debe ser **antijurídico**, es decir, no debe existir causas jurídicas que justifiquen sufrir el daño. Por ejemplo, no hay lugar a indemnizar daños ocasionados por leyes que prohíban o limiten actividades ilícitas, inmorales o que atenten contra el orden público o por leyes sobre impuestos.

c) Debe ser **excepcional y de gravedad anormal** a la que normalmente se debe asumir por vivir en sociedad. Ello es así debido a que por el hecho de vivir en sociedad los ciudadanos tenemos la obligación de soportar ciertas limitaciones a nuestros derechos en pro del interés general y el beneficio social, y solo es indemnizable en el evento en que el daño sobrepase los límites de las cargas que normalmente se deben soportar, cuando reviste cierta gravedad y es excepcional. En este sentido opina Vedel, que *“solo puede concederse indemnización si el perjuicio, por su especificidad y gravedad sobrepasa los normales sacrificios impuestos por el legislador.”*¹³¹

Este requisito de excepcionalidad y gravedad a raíz del artículo 90 debe analizarse bajo la antijuridicidad del daño. Recordemos que este es concebido como aquel que el lesionado no está en la obligación jurídica de soportar, o como enseña Juan Carlos Henao, *“aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”*¹³² Deduciendo de ello que dos son los elementos de daño: a. Carencia de título en el deber de soportar el daño y b. que exceda las cargas públicas normales que deben asumirse por vivir en sociedad.

131 VEDEL, Georges. Ob. Cit. Pág. 343

132 HENAO, Juan Carlos. Conferencia en II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Ob. Cit. Pág. 771

d) Debe ser **directo**, es decir, que se debe derivar inmediatamente de la ley y entre este el daño y la ley no deben existir factores externos que rompan el nexo causal.

e) Debe ser un daño **especial**, el daño debe ser particular y no general. Esto es independiente de la generalidad de la ley, porque como tiene establecido la jurisprudencia francesa la generalidad de la ley no es óbice para que ésta cause un daño antijurídico indemnizable. Tampoco se entiende como que la ley debe causar daño a una sola persona porque el daño puede ser causado a un grupo de particulares determinado o determinable.

No basta con el daño antijurídico con los requisitos que se señalaron precedentemente además debe configurarse el nexo causal, tanto la imputatio facti como la imputatio juris. La imputatio facti al tenor del artículo 90 superior, es la acción u omisión del legislador que genera el daño antijurídico. Enseguida se propone un intento por delimitar una teoría de la responsabilidad del Estado colombiano por la función legislativa, que pueda servir de imputación jurídica, la cual se clasificará en el mismo sentido en que hemos venido tratando la responsabilidad derivada de las otras funciones públicas, es decir, en dos partes: a) Régimen subjetivo de responsabilidad: responsabilidad por ley declarada inconstitucional y omisión legislativa, b) Régimen de responsabilidad objetiva o responsabilidad por ley constitucional. Como la responsabilidad que se propone parte del análisis de constitucionalidad de la ley, se considera conveniente presentar enseguida una breve sinopsis del control de constitucionalidad en Colombia.

La Constitución Política ha sido concebida como el primer fundamento del orden jurídico y del Estado, y se le ha reconocido su supremacía “la constitución en ley de leyes”, sobre el orden jurídico, por ello se han establecido medios de defensa de la Constitución, lo que se ha llamado *control de constitucionalidad de las leyes*. Naranjo Mesa¹³³ ha diferenciado el control según el organismo que lo ejerza, bien sea político¹³⁴ (parlamento) o jurisdiccional (juez o tribunal)¹³⁵. El segundo es aquel sistema en que es un juez o tribunal a quien corresponde el control de la constitucionalidad de la ley. Dentro de este último, se ha distinguido entre control constitucional difuso (*Judicial Review*¹³⁶) y control constitucional concentrado. En el

133 NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Sexta edición. Bogotá. Temis. 1995.

134 Cita como ejemplos a Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Suecia y Suiza, en donde el control es ejercido por el Parlamento

135 Como el caso colombiano.

136 Este sistema es propio de Estados Unidos de Norteamérica, en donde “el derecho de los jueces a controlar la constitucionalidad de las leyes, aunque no está expresamente consagrado en la Constitución, sí está implícito en ella, al establecer el Judicial Review y la supremacía de la Constitución sobre todas las leyes federales y estatales.” La primera aplicación tuvo lugar en 1803 a raíz del célebre fallo proferido por el juez John Marshall de la Corte Suprema, en el caso “Marbury vs. Madison”... (...)La Corte descartó en este caso la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución de los Estados Unidos. “Si, entonces, las cortes están para vigilar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso...”. Esta sentencia en resumen significó: la confirmación de la supremacía de la Constitución sobre la ley, el sometimiento del legislador a la Constitución y la fijación del control de constitucionalidad de las leyes en todos los tribunales de los

difuso el control lo ejercen los jueces ordinarios y no hay un tribunal especializado que monopolice el control constitucional.¹³⁷ En el concentrado a la inversa existe un tribunal especializado facultado exclusivamente para ejercer el control constitucional de las normas del ordenamiento jurídico¹³⁸.

Así mismo distingue el control de constitucionalidad según su ejercicio, entre control por vía de acción y control por vía de excepción. El primero, consiste en el establecimiento de un proceso contra la ley ante el tribunal determinado para ello, al cual se solicita examinar su validez constitucional para que declare su constitucionalidad o inconstitucionalidad y en este último caso elimine la ley del ordenamiento jurídico. En el segundo, para invocar la inconstitucionalidad de la ley es necesario que esta haya sido aplicada; es decir, que no interviene sino de manera incidental a propósito de un proceso, y a título de excepción presentada por una de las partes en él. En este caso se deja de aplicar la ley encontrada inconstitucional pero únicamente para quien lo solicitó conservando la ley su eficacia jurídica general.¹³⁹

Analicemos el control constitucional en el caso colombiano. El control Constitucional de las leyes y demás normas jurídicas en la Constitución de 1991 parte del principio consagrado en el artículo 4 superior que estipula la Carta Política como norma de normas y derivado de su superioridad estatuye que en todos los casos en los que exista incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica debe aplicarse la Constitución. Este control se fortaleció con la Constitución Política de 1991, especialmente con la creación de un tribunal especializado para ello, la Corte Constitucional, a la cual por virtud del artículo 241 de la Carta se le confía la función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, para ello se le legitima para establecer el alcance y las consecuencias de los postulados, valores y mandatos constitucionales, es decir, es la legítima intérprete de la norma superior, y tiene el poder de confrontar las demás normas del ordenamiento jurídico con la normatividad superior y proferir una decisión de conformidad o inconformidad de las segundas respecto de las primeras.

La Corte Constitucional se ha expresado en este sentido señalando que *“el control constitucional es un juicio abstracto y objetivo mediante el cual se confrontan las*

Estados Unidos. HARVARD, William. Government and politics of the United Status, New York, Harper and Row Publishers, 1965, pág. 81 y ss, citado por NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Sexta edición. Bogotá. Temis. 1995. Pág. 361 y 362.

137 HOYOS, Arturo. La interpretación constitucional. Bogotá. Temis. 1993. Pág. 83

138 Como el Tribunal constitucional italiano creado en la Constitución de 1947.

139 “Se establecen, pues, algunas diferencias muy claras con la acción de inconstitucionalidad. En el primer sistema la acción puede ejercitarla cualquier persona y el fallo produce efectos *erga omnes*, es decir, generales; la excepción solo puede interponerla la parte interesada dentro del litigio, y no produce efectos sino respecto de ella, es decir, individuales. Por otra parte, a diferencia de la acción, la excepción de inconstitucionalidad no requiere de tribunales especiales, sino que puede ser conocida por los tribunales ordinarios”. NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Sexta edición. Bogotá. Temis. 1995. Pág. 361

normas demandadas frente al ordenamiento superior, para determinar si éstas se ajustan o no a sus mandatos. Si las normas constitucionales han sido respetadas los preceptos legales acusados serán declarados exequibles, pero si se han infringido lo que procede es la declaratoria de inexecutable, que implica la exclusión del ordenamiento positivo. Entonces, lo que determina que una disposición legal, que ha sido debidamente acusada ante esta Corporación, permanezca o no en el ordenamiento positivo es su adecuación o no al Estatuto Supremo. El juez constitucional, en su calidad de guardián supremo de la Constitución, no juzga la conveniencia de las normas demandadas sino su compatibilidad o incompatibilidad con ese ordenamiento.”¹⁴⁰

A pesar de la creación de la Corte Constitucional, no se puede decir que en Colombia hay un sistema concentrado de control constitucional, debido a que también se contempla el control constitucional excepcional por los jueces además del control constitucional de decretos por el Consejo de Estado. La Corte ha entendido que en Colombia existe un sistema mixto de control constitucional que combina elementos del sistema difuso y del sistema concentrado.¹⁴¹ En Colombia el control constitucional puede ser acción ciudadana, por control previo, por control automático, y por excepción de inconstitucionalidad.

A. Control constitucional por acción ciudadana. Esta acción de inexecutable está prevista en el artículo 40 numeral 6 constitucional, como una de las acciones ciudadanas¹⁴², y consiste en la facultad otorgada a todos los ciudadanos colombianos para acusar ante la Corte Constitucional las leyes o decretos con fuerza de ley, y ante el Consejo de Estado los demás decretos, como violatorios de la norma superior y obtener una sentencia.

Los requisitos mínimos para su ejercicio se establecieron en el Decreto 2067 de 1991, el artículo 2° del citado ordenamiento dispone que son presupuestos de procedibilidad del juicio de inexecutable, sin los cuales la Corporación no puede asumir el estudio de fondo y proferir la respectiva sentencia, el que la demanda señale expresamente: (i) las disposiciones legales acusadas de inconstitucionales, (ii) las normas de la Constitución que se estiman como violadas y (iii) las razones o motivos que llevan a su aparente desconocimiento.

Entonces, para que se pueda efectuar el control constitucional, so pena de una inhibición por incompetencia, es necesario que exista una demanda ciudadana¹⁴³ que

140 Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2001

141 Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001

142 *La Corte se ha referido a la acción de inconstitucionalidad como una emanación de los principios democrático y pluralista de la Constitución como ejercicio de un derecho político*, “la acción pública de inconstitucionalidad comporta una verdadera garantía de institucionalidad política, en cuanto permite a los coasociados “ejercer un control permanente sobre el organismo soberano a quien compete hacer las leyes, facilitando la correspondiente anulación de aquellas normas que se expidan en contravía de la Carta Fundamental o que resulten incompatibles con su texto”. Sentencia C-380/2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

143 Ver, entre otras, Sentencias C-262/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); C-055/96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-443/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

comprenda cargos bien sea de fondo (o por el contenido material)¹⁴⁴ o de forma (vicios de procedimiento en su formación)¹⁴⁵ contra alguna disposición que haga parte del ordenamiento jurídico vigente o que se encuentre produciendo efectos jurídicos actuales al momento en que la Corte profiera su decisión.

Si la Corte Constitucional acoge los cargos de la demanda, declara la inexecutable de la norma acusada de inconstitucional, la cual constituye una orden para que ni las autoridades estatales ni los particulares la apliquen o, en otros casos, una facultad para que dejen de aplicarla. Afirma la Corte Constitucional: *“...la decisión proferida, como consecuencia de la valoración hecha por la Corte, es la de restarle efectos a la disposición inconstitucional. Adicionalmente, la declaratoria de inexecutable contiene implícita otra orden en aquellos casos en que sea resultado de una confrontación del contenido material de la norma con la Constitución: la prohibición al legislador de reproducir la disposición declarada inexecutable. La decisión adoptada por la Corte al declarar inexecutable una disposición es la de sacarla del ordenamiento jurídico, de tal modo que no siga surtiendo efectos hacia futuro, independientemente de que, mediante una ficción jurídica, en ocasiones excepcionales, la Corte profiera una decisión retroactiva o difiera sus efectos hacia futuro.”*¹⁴⁶

En otras palabras, la sentencia de inexecutable tiene efectos *erga omnes* y la ley o parte de ella queda despojada de toda eficacia jurídica.

B. Control constitucional excepcional¹⁴⁷. En Colombia a partir del artículo 4 superior se elevó a rango constitucional la facultad de los jueces para invalidar judicialmente leyes para inaplicarlas al caso concreto si las encuentran contrarias a la Constitución. A diferencia de la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional en sede de acción de inconstitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad judicial no le resta eficacia o valor jurídico general, sino únicamente para el caso concreto, manteniéndola frente a los demás.

C. Control previo de constitucionalidad. Este control se produce al tenor de los artículos 166 y 167 constitucionales, cuando el Presidente de la República objeto por

144 El control material es instituido para preservar la supremacía constitucional mediante la confrontación de contenidos, a fin de mantener en el ordenamiento solo aquellos que la interpretan y aplican fielmente. Como vicios de fondo, entre otros, los vicios de competencia (v.g. C-1161/00) y de unidad de materia (v.g. C-531/95).

145 El control formal es dirigido a constatar el sometimiento del órgano legislativo a los trámites impuestos por el mismo ordenamiento para exteriorizar su voluntad de manera ordenada y armónica. No debe olvidarse en este sentido que, en el caso del control formal, se establece un término de caducidad de un año, pasado el cual sin que se haya presentado demanda al respecto los eventuales vicios de forma en que se hubiera incurrido por el Legislador se entienden subsanados. Ver Sentencia C-586/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis A.I.V. Jaime Araujo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa.

146 Corte Constitucional, sentencia 669 de 2001

147 La excepción de inexecutable es la aplicación preferente de la Constitución en un proceso civil, penal, laboral, contencioso administrativo, o de otra especialidad. CEPEDA, Manuel José. El poder de los jueces en el nuevo sistema de separación de poderes. En: Constitución Política de 1991, Visión latinoamericana. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Ediciones Rosaristas. 1993.

inconstitucional un proyecto de ley que reciba para sanción y las cámaras insisten en su sanción, en este evento corresponde a la Corte Constitucional en el término de seis (6) días decidir sobre la inexecutable del proyecto. Si se declara inconstitucional se archiva el proyecto; si se declara totalmente constitucional el Presidente debe sancionarlo, pero si es parcialmente inexecutable a la cámara de origen para que remedie la inconstitucionalidad.

D. Control automático de constitucionalidad. Este tiene lugar según el artículo 241 superior, con ocasión de los decretos legislativos en uso de estados de excepción. Estos decretos deben enviarse a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición para que decida sobre su constitucionalidad o este lo hará de oficio.

Finalicemos señalando que las acciones de constitucionalidad pueden dar lugar a dos declaraciones básicas, en las cuales nos guiaremos para desarrollar la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, sin perjuicio de la modulación de las sentencias como se verá a continuación: declaración de executable y declaración de inexecutable.

La modulación de sentencias no es asunto nuevo en Colombia, tienen su origen en la Corte Suprema de Justicia, la cual además de las dos sentencias básicas, adoptó las modalidades de sentencias de constitucionalidad condicionada¹⁴⁸ y sentencias integradoras¹⁴⁹. Dentro de las primeras podemos citar las sentencias de 2 de agosto de 1912, en la cual se declara la inexecutable del artículo 2 de la ley 40 de de 1905 y los artículos 5 y 6 de la ley 21 de 1907 en cuanto comprendan a propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido legalmente a perpetuidad la propiedad de sus minas, antes de la vigencia del decreto 48 de 1905, y se declaró que en todo lo demás son executables los artículos.¹⁵⁰ Ejemplo de las segundas es la sentencia de 2 de noviembre de 1944, en la cual se declaró inconstitucional una frase del artículo 1 de la ley 51 de 1943, y como quedó un vacío normativo, la sentencia sometió las situaciones reguladas por la ley acusada, a las normas del Código Civil.¹⁵¹

La Constitución de 1991 dio origen a la Corte Constitucional, ésta desde sus inicios ha defendido su facultad para modular sus sentencias, afirmando que el artículo 241 superior no limita su actuación solo a sentencias de executable o inexecutable,¹⁵² y que por lo tanto para hacer efectiva la integridad y supremacía de la Constitución ella puede adoptar las sentencias que mejor conlleven a este fin.

148 Otras sentencias de constitucionalidad modulada de la Corte Suprema de Justicia son: Sentencia de 28 de julio de 1924, de 7 de octubre de 1936, 13 de mayo de 1941, 28 de junio de 1965, 21 de octubre de 1976, y de 9 de junio de 1988. Citadas en sentencia C-109 de 1995.

149 Otro ejemplo es la sentencia de 24 de julio de 1961.

150 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 2 de agosto de 1912. M. P. Alberto Suárez Murillo. Citada en sentencia C-109 de 1995.

151 Corte suprema de Justicia. Sentencia de 2 de noviembre de 1944. M.P. Ricardo Jordán Jiménez.. En sentencia C-109 de 1995.

152 En este sentido ver sentencia C-109 de 1995.

En sentencia de constitucionalidad C-109 de 1995 el magistrado Alejandro Martínez Caballero agrupa la modulación de sentencias de constitucionalidad en dos sentidos, a saber: I. Modulaciones que afectan el contenido de la ley: alterando parcialmente el contenido de la norma demandada, restringiendo su alcance o condicionando su aplicación y II. Modulaciones sobre los efectos temporales de la sentencia, especialmente dándole efectos retroactivos.

En desarrollo de la facultad de modulación la Corte Constitucional ha utilizado las siguientes sentencias:

A. Sentencias exhortativas: La Corte constitucional ha enviado exhortos al legislador en dos sentidos, para que regule una materia cuando ha encontrado una omisión legislativa caso de la sentencia C- 473 de 1994¹⁵³, en la cual se declaró la existencia de una omisión legislativa por ausencia de regulación del artículo 56 de la Constitución, y en el artículo parte de la parte resolutive se decidió exhortar al legislador para que en un plazo razonable expida una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la constitución. En otro sentido, se ha declarado inconstitucional la norma, pero se exhorta al legislador a expedir una norma acorde en un tiempo razonable mientras el cual la norma inexecutable se mantiene ultraactivamente, ejemplo de ello, es la sentencia C-700 de 1999, en la cual se declaró inexecutable el sistema UPAC, pero se mantuvo vigente durante el plazo de 6 meses, término en que se exhortó al legislador para que expidiera una nueva ley de financiación de vivienda.

B. Sentencias de modulación temporal de los efectos: La declaración de inexecutable ha sido modulada respecto de los efectos temporales de la sentencia. La regla general es que la sentencia tiene efectos erga omnes y hacia futuro, sin embargo, la Corte constitucional ha hecho excepciones, aceptando que en algunos casos tiene efectos retroactivos y en otros, suspendiendo sus efectos durante un término. Ejemplo de lo anterior, son las sentencias C- 023 de 1994, C-037 de 1994 con ponencia de Antonio Barrera Carbonell, C-482 de 1998 de Eduardo Cifuentes Muñoz y C-002 de 1999 con ponencia de Antonio Barrera Carbonell.

C. Sentencias interpretativas: En estas sentencias la Corte analiza las diversas interpretaciones de una norma, restringiendo las que encuentra contrarias a la Constitución, puede eliminar solo una de ellas dejando vigentes las demás, es decir, una sentencia de interpretación condicionada¹⁵⁴; o aceptar como constitucional solo una interpretación eliminando las demás, en este caso, se trata de una sentencia de interpretación obligatoria¹⁵⁵.

153 Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

154 Ver entre otras las sentencias de constitucionalidad: C-542 de 1993, C-180 de 1994, C-085 de 1998, C-197 de 1999.

155 Ver sentencia de constitucionalidad C-496 de 1994.

D. Sentencias integradoras: Mediante ellas la Corte Constitucional ante un texto legal que considera insuficiente integra el ámbito excluido a la norma (sentencia integradora aditiva)¹⁵⁶, o al declarar la inconstitucionalidad de una norma para evitar una laguna normativa, integra lo excluido a otra norma que puede regularlo (sentencia integradora sustitutiva)¹⁵⁷

3.2.1 Régimen de Responsabilidad Subjetiva: Responsabilidad por Ley declarada inconstitucional y omisión legislativa. Cuando se habla de régimen subjetivo de responsabilidad hacemos referencia como quedó establecido en capítulos precedentes a la falla o falta del servicio. Entonces, inicialmente debemos establecer si el término falla o falta del servicio es aplicable a la función legislativa. La primera cuestión a resolver es la aplicabilidad del término "servicio a la función legislativa. Esta cuestión fue estudiada por el Consejo de Estado en sentencia de 1989, aclarando que *"el término "servicio" no hace alusión a la centenaria noción de "servicio público", sino a "cualquier actividad que la función pública pretende desarrollar por razón de su naturaleza y fines."*¹⁵⁸ De esta manera, el concepto servicio tiene un carácter general y es aplicable a cualquier función pública y dentro de ellas la legislativa. De lo anterior se deduce que el Estado puede incurrir en una falla del servicio legislativo.

Ahora bien, la falla del servicio según Paul Duez¹⁵⁹ se configura cuando el servicio funcionó mal, cuando no funcionó o cuando funcionó tardíamente. De esta manera la falta puede consistir tanto en una acción como en una abstención. En conclusión, el Estado puede incurrir en falla del servicio legislativo en dos eventos: por abstención u omisión legislativa y por acción, en el evento de ley declarada inconstitucional o inexecutable.¹⁶⁰

3.2.1.1 Responsabilidad Legislativa por Ley declarada inexecutable. El profesor Bustamante Ledesma es partidario de la responsabilidad del Estado a título de falla del servicio legislativo por ley declarada inexecutable, así lo afirma en el siguiente texto *"Si una Ley es declarada inconstitucional y con su aplicación se causó un deterioro o lesión a los asociados en sus legítimos derechos, el Estado debe responder por falla en el servicio, con fundamento en las normas constitucionales que protegen los derechos adquiridos con justo título, que no pueden ser vulnerados ni desconocidos por Leyes posteriores"*¹⁶¹.

156 Ver sentencias C-149 de 1993, C-012 de 1994, C-543 de 1996, C-690 de 1996, C-146 de 1998, C-183 de 1998, C-067 de 1999.

157 Ver sentencias: C-145 de 1994, C-113 de 1996, C- , C

158 Consejo de Estado. Sentencia de 11 junio de 1989. Consejero ponente Dr. De Greiff.

159 Citado por SAYAGUÉS LASO, Op. cit. p. 625; TAFUR DOMINGUEZ, Op. cit. p. 47.

160 *"En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública."* Consejo de Estado, Auto de 15 de mayo de 2003

161 BUSTAMANTE LEDESMA, Op. cit. p. 115.

Esta responsabilidad que analizamos encuentra su fundamento en la Constitución de 1991, especialmente en el Estado Social de Derecho el cual tiene el deber de garantizar a los ciudadanos la efectiva realización de los mandatos y derechos que la Constitución incorpora como norma suprema y superior que gobierna todo el ordenamiento jurídico. No obstante, esta falla solo se hace ostensible una vez se haya declarado inconstitucional o inexecutable la ley o parte de ella por la autoridad facultada para ello, la Corte Constitucional.¹⁶² Sin embargo, no toda declaración de inexecutable o inconstitucionalidad ipso facto genera la responsabilidad del Estado. Por ello a continuación se trata de delimitar en que casos y bajo que requisitos una ley declarada inconstitucional puede ser título de imputación de la responsabilidad del Estado.

Lo anterior se debe a que no todos los daños generados por la ley pueden reunir los requisitos exigidos para que este sea indemnizable. Se ha dicho que se consideran daños antijurídicos e indemnizables solo aquellos producidos por los defectos inconstitucionales que la ley presentaba y en razón de ello quedan excluidas las demandas de responsabilidad contra leyes declaradas inexecutable por razones de forma, porque no se considera que el no cumplimiento de un requisito en el trámite legal de la norma pueda generar daños. También excluye cualquier otro tipo de demanda por perjuicios que no se deriven de la tacha de inconstitucionalidad. Por esto es esencial para el juez contencioso administrativo tener certeza sobre los fundamentos que motivaron la decisión de la Corte, para poder establecer la antijuridicidad del daño y reconocer la indemnización.

En resumen, las características de la responsabilidad del Estado por una Falla en la función legislativa son las siguientes:

1. El Hecho dañoso es una Ley.
2. El título de imputación del hecho dañoso al Estado es la declaratoria de inexecutable de la Ley.
3. El daño debe reunir los requisitos para ser indemnizable, es decir, antijurídico, especial, cierto, personal.
4. Entre la Falla en la función legislativa y el daño debe haber relación de causalidad.
5. No basta la relación de causalidad. Para que el daño sea imputable al Estado es necesario probar que el perjuicio se derivó de la específica tacha de inconstitucionalidad. Cualquier otro daño que haya ocasionado la aplicación de la Ley,

¹⁶² “Al predicar la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador es necesario precisar que para hacerla efectiva no basta con que una autoridad jurisdiccional cualquiera, luego de cotejar el texto de la ley con los preceptos constitucionales y establecer la realidad del daño, declare su antijuridicidad y obligación de indemnizarlo, pues el resarcimiento sólo podrá estimarse procedente si previamente el órgano encargado del control de constitucionalidad ha declarado la inexecutable de la norma”. *Ibid.* p. 123.

sin relación con el vicio de inconstitucionalidad, en principio no es indemnizable a título de falla.¹⁶³

Bástenos por ahora lo dicho de la responsabilidad por ley declarada inexecutable. Analicemos más a detalle la responsabilidad por omisión legislativa.

3.2.1.2 Responsabilidad por omisión legislativa. Como quedó establecido la omisión legislativa es una de los eventos de responsabilidad estatal por falla del servicio legislativo, pero antes de entrar de lleno a los requisitos para que se configure tal responsabilidad, iniciemos con una delimitación de lo que se entiende por omisión legislativa:

La Corte Constitucional ha sido reiterativa al reconocer que a pesar del amplio margen de configuración otorgada al legislador, éste puede incurrir en omisiones que pueden vulnerar los derechos y libertades constitucionales. En efecto, consideró que estas constituyen *"todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución"*. Dichas omisiones, entonces, se identifican con la *"no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar. En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente.*¹⁶⁴

Estas omisiones legislativas has sido clasificadas en dos clases de omisiones: absolutas y relativas. Las primeras se configuran cuando *"no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución"*; y las segundas, *"cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; o cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto, o cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa"*¹⁶⁵.

"Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente

163 Como se verá más adelante se podría alegar la responsabilidad del Estado con otros fundamentos, como la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

164 Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 16 de octubre de 1996. MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

165 Ibidem.

la ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio en la primera, no hay actuación en absoluto.”¹⁶⁶

La Corte Constitucional así mismo ha aceptado la posibilidad de control constitucional de las omisiones legislativas, pero solo respecto de las omisiones de carácter relativas¹⁶⁷, y no así de las absolutas. Esta tesis negativa, tiene su sustento principal en la sentencia C-543 de 16 de octubre de 1996, en la cual la Corte señala que la guarda de la integridad y supremacía de la Carta se le confía “en los estrictos y precisos términos del artículo 241”. Por lo tanto, su labor se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en el precepto citado, de manera que no le es permitido extender su competencia a asuntos no señalados allí expresamente específicamente, no se lo autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada.

En la sentencia C-427 de 12 de abril de 2000, en la cual se precisaron los requisitos de la omisión legislativa, tales son:

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

En sentido contrario se expresa, el Consejo de Estado en sentencia de 1 de noviembre de 2001, a la cual se hizo referencia en el capítulo II, conoció de una acción de reparación directa en la cual se solicitó la declaración de responsabilidad de la Nación colombiana por la omisión derivada de la falla del servicio legislativo, por no reglamentar el artículo 39 de la Constitución Política, omisión que impidió el reconocimiento por parte de las autoridades judiciales de los derechos y garantías que se derivan del fuero sindical.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Sentencias Nos. 555/94, , 473/94, 108/94, 247/95, entre otras

En esta sentencia, se niega que la no expedición de una ley en relación con una norma constitucional que lo impone constituya omisión legislativa porque el Congreso no tiene la obligación de desarrollar la norma constitucional en un término preciso. La conclusión de la sentencia es que, “...por lo general, LA FUNCIÓN LEGISLATIVA no puede equiparse a OBLIGACIÓN ni a DEBER JURÍDICO. La función legislativa en principio se ejercerá programáticamente; los cometidos estatales que se buscan con la ley no son, en principio, de ejercicio inmediato y concomitante con el apareamiento de la Carta Fundamental.” Y por lo tanto, si el legislador no tiene el deber u obligación de expedir normas tampoco existe el derecho para los particulares de exigir ante los jueces la responsabilidad por una omisión que no existe y que derivado de ello no puede causar un daño antijurídico. Esta posición del Consejo de Estado es arcaica y con ello solo detiene el natural avance de la responsabilidad del Estado que en otros ordenamientos es acorde a la situación actual del Estado y de las normas superiores. Es más acorde y evolucionista la posición de la Corte Constitucional, aunque no totalmente debido a la negativa de control constitucional sobre omisiones absolutas.

Y precisamente ante el no control constitucional sobre omisiones absolutas y la negativa del Consejo de Estado de reconocer la responsabilidad del Estado por omisiones, es precisamente que la doctrina debe abanderar el proceso de evolución y seguir insistiendo hasta la total responsabilidad del Estado. Por ello a continuación nos atrevemos a presentar una breve descripción de los elementos bajo los cuales se reconocería la responsabilidad del Estado por omisión legislativa:

Los presupuestos de la responsabilidad por omisión absoluta son:

- a) Una norma constitucional que impone al legislador la obligación de desarrollar una materia a través de una ley.
- b) El hecho dañoso lo constituye el incumplimiento del legislador en el desarrollo de la norma constitucional, es decir, el hecho dañoso es la omisión del legislador de expedir una ley cuando la Constitución lo manda.
- c) Un daño antijurídico causado por la ausencia de desarrollo legal. El daño es antijurídico si lesiona o perturba el bien protegido por la Constitución que carece negligentemente de desarrollo legal. El particular no está en la obligación de soportar el perjuicio que le ocasiona la falta de legislación.

Debe aclararse que antes de la sentencia que declare inconstitucional la omisión absoluta, ningún daño es antijurídico, porque se presume que el legislador está en uso de un plazo prudente para poder redactar la norma y seguir el procedimiento legislativo. Pero una vez declarada inconstitucional la omisión todos los daños que en adelante cause, pueden ser demandables ante el contencioso administrativo.

d) Un nexo causal entre el daño antijurídico y la omisión legislativa absoluta. La omisión inconstitucional debe ser la causa directa del daño.

e) Falla en la función legislativa se prueba con la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión, por ello el título jurídico de imputación es la sentencia que declara la omisión inconstitucional.

Ahora veamos en el evento de responsabilidad relativa bajo que supuestos se configuraría tal responsabilidad:

a) Una norma constitucional que impone al legislador la obligación de desarrollar una materia a través de una ley sin vulnerar los derechos constitucionales reconocidos, específicamente sin crear discriminaciones injustificadas.

b) El hecho dañoso imputable al Estado es la omisión legislativa relativa, que excluyó a un grupo social de su ámbito de aplicación, provocando una injustificada discriminación a luz de las normas constitucionales.

c) Un daño antijurídico causado por el desarrollo legal que genera un trato discriminatorio que el lesionado no está en la obligación de soportar el perjuicio que le ocasiona la falta de legislación.

Sin embargo debe diferenciarse que todos los daños anteriores a la sentencia de inexecuibilidad, derivados de la discriminación injustificada, son antijurídicos. La sentencia se convierte en título jurídico de imputación, que los discriminados por la norma original pueden utilizar para demandar al Estado por daño emergente y, ante todo, lucro cesante. Cualquier otro daño causado por la Ley, sin relación con la violación al derecho a la Igualdad, queda por fuera de este régimen de responsabilidad. Con posterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad por omisión legislativa relativa, no se pueden generar más daños antijurídicos debido a que la situación discriminatoria es resuelta por la Corte Constitucional, al extender el ámbito de aplicación a los injustificadamente excluidos. Cuando la Ley impone cargas a los particulares, y la Corte las extiende al grupo social que debería también estar obligado a ellas, no pueden los nuevos sujetos pasivos de la norma demandar por responsabilidad del Estado, pues debe tenerse como un daño que tienen el deber jurídico de soportar.

d) Un nexo causal entre el daño antijurídico y la omisión legislativa relativa. La omisión inconstitucional debe ser la causa directa del daño.

e) Falla en la función legislativa se prueba con la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión, por ello el título jurídico de imputación es la sentencia que declara la omisión inconstitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista las posibles consecuencias patrimoniales para el Estado por las múltiples demandas que se presentarían por este concepto con base en las sentencias declarativas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa. Por ello Franco Rodríguez y Góngora Mera¹⁶⁸ proponen que en el caso de éstas la culpa del Estado no se prueba con la simple declaratoria de inconstitucionalidad, como en el caso de las omisiones absolutas, sino que además debe verificarse que no se trató de una actuación legítima del legislador, quien creyendo estar regulando el tema ajustándose a la Constitución, excluyó sin querer hacerlo al grupo social afectado. Por ello exige que el particular discriminado debe probar (v.gr. con los debates surtidos en el trámite legislativo) que el Congreso efectuó conscientemente una discriminación injustificada.

3.2.2 Responsabilidad por Ley Constitucional. Como quedó establecido una de las opciones del control de constitucionalidad que puede dar lugar a responsabilidad del Estado es la declaratoria de inexecutable de la ley. Sin embargo, una ley puede ser declarada constitucional y aún causar un daño antijurídico con las características de ser indemnizable. Veamos cuando tendría lugar esto:

En este evento se trata de un acto legítimo y totalmente legal, como es la expedición de una ley constitucional tanto por la forma como por el contenido bien sea por presunción o por declaratoria expresa de la Corte Constitucional. La constitucionalidad de la ley excluye la falla o falta del servicio y por ello debe buscarse otro fundamento de la responsabilidad por los daños antijurídicos que pueda causar. Este nuevo título de imputación es la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, por lo que en estos casos se requiere la especialidad del daño, requisito que ya se estudió.

Los principales ejemplos de leyes constitucionales que originan perjuicios son¹⁶⁹:

- a. Leyes para consagrar el monopolio estatal de actividades, lesionando el derecho de los particulares que tenían a su cargo y que debieron cesar en la fabricación o comercialización de los respectivos bienes.
- b. Leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos en beneficio de otros intereses particulares o de un interés general.
- c. Reglamentos que estatuyen la prohibición de importar determinadas mercaderías con el objeto de desnivelar la balanza de pagos y de proteger a la industria nacional.

168 FRANCO RODRÍGUEZ, Paola Y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Responsabilidad del Estado legislador por sentencias moduladas. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

169 TODO DERECHO. *La función administrativa y el derecho administrativo*. Página de Internet dirección URL: <http://orbita.starmedia.com/~tododerecho/bol13.htm> Visitada 20 de enero de 2006.

Para que se configure la responsabilidad del Estado por perjuicios causados por la ley constitucional a particulares, se deben verificar los siguientes elementos:

1. Que el daño no consista en la afectación a una actividad ilícita del particular. Esto en la medida que la ley está facultada para negar cualquier tipo de indemnización en los casos en que el legislador afecta actividades ilícitas o reprochables de los particulares, afectando sus patrimonios, debido a que en estos eventos se está en la obligación de soportar el daño.
2. Que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño (daño antijurídico)
3. Que expresa o implícitamente la ley consagre la obligación del Estado de indemnizar. Si a la luz de la normatividad se puede deducir que el legislador, en su lícita actuación, no quiso excluir al particular afectado del derecho a reclamar perjuicios, y éstos se causan, la indemnización sería procedente.
4. Que el perjuicio o daño antijurídico rompa el equilibrio en las cargas públicas, vulnerando el artículo 13 superior.

Es diáfano que el fundamento jurídico de esta responsabilidad objetiva es el desequilibrio de las cargas públicas derivado del artículo 13 constitucional, porque la ley produce que un particular asuma una carga mayor que a los demás ciudadanos, generando un daño especial susceptible de ser indemnizado; pero no está claro bajo que título o régimen se podría imputar tal responsabilidad al Estado. Algunos encasillan esta responsabilidad bajo el régimen de responsabilidad por riesgo excepcional y otros bajo el daño especial. Veamos como se ha planteado cada una de ellas:

A. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LEY CONSTITUCIONAL COMO RIESGO EXCEPCIONAL

Esta teoría fue desarrollada por Paola Franco Rodríguez y Manuel Góngora Mera en la tesis de grado “Responsabilidad del Estado legislador por sentencias moduladas”, así:

“Las actividades humanas pueden ser normales, peligrosas o riesgosas según la probabilidad de daño. Si normalmente una actividad no causa daño, es normal; si su ejecución aumenta las probabilidades de daño, es peligrosa; si su ejecución por sí misma tiene alta probabilidad de causar daño, es riesgosa. En este sentido, la actividad legislativa puede calificarse como “riesgosa”, pues dada la generalidad de las normas que crea, es la que más riesgos puede crear a una sociedad. Si esto es así, la imputabilidad al Estado de los daños antijurídicos que ocasione en el ejercicio legítimo de la actividad legislativa, se regiría por estos lineamientos:

1. *Se imputa al Estado un resultado dañoso cuando con una Ley ha creado un riesgo que constitucionalmente no está obligado a soportar el particular y se hace realidad en un resultado concreto.*

2. *No se imputa al Estado el daño si, a pesar de crear el riesgo, el particular estaba obligado por los fines de la Constitución a soportarlo.*

3. *No se imputan al Estado resultados dañosos que:*

a. *Si bien podrían haberse causado, no se hicieron realidad. El Estado no responde objetivamente, es decir, por el solo hecho de haber creado el riesgo.*

b. *Estén cubiertos por la norma constitucional. V.gr., la extradición.*

4. *Se imputan al Estado resultados dañosos que gocen de estas características:*

a. *Cognoscibilidad: Eran de tal desproporción que el legislador pudo preverlos.*

b. *Evitabilidad: El legislador pudo haberlos evitado con una regulación acorde con la Constitución.*

c. *Obligatoriedad: El legislador tenía la obligación constitucional de evitar los daños al expedir la Ley.*¹⁷⁰

B. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LEY CONSTITUCIONAL COMO DAÑO ESPECIAL

Esta tesis fue afirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de agosto de 1998, que ya tuvimos oportunidad de reseñar y sea esta la oportunidad para analizar y comentar.

Recordemos que en aquella oportunidad la muerte de un ciudadano colombiano en un accidente de tránsito causado por un militar extranjero cobijado en virtud de la ley 6 de 1972, que ratificó el Convenio de Viena, por el fuero jurisdiccional diplomático, dio lugar a que la esposa e hijos del fallecido incoaran demanda de reparación directa solicitando la declaración de responsabilidad del Estado colombiano contra el Congreso y el Ministerio de Relaciones Exteriores, ante el rechazo de la demanda por Autoridades extranjeras y por la jurisdicción ordinaria colombiana (Corte Suprema de Justicia) y por la imposibilidad de obtener justicia por el fallecimiento del padre y esposo por aplicación de la mencionada ley.

170 FRANCO RODRÍGUEZ, Paola Y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Responsabilidad del Estado legislador pro sentencias moduladas. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

Así mismo recordemos que la primera instancia del Tribunal de Cundinamarca halló responsable al Estado Colombiano por daño especial, al impedir el acceso a la justicia a los demandantes, pero advirtió que no podía hablarse de responsabilidad del Estado legislador porque ésta sólo se configura cuando la Ley es inconstitucional¹⁷¹. Este fundamento según el cual la responsabilidad del Estado solo se verifica ante leyes declaradas inconstitucionales es rechazado por el Consejo de Estado en segunda instancia, señalando que también las leyes acordes a Constitución pueden generar daños antijurídicos por los cuales el Estado pueda ser declarado responsable.¹⁷²

Acto seguido manifestó el Consejo de Estado que *“En estricto sentido y con la orientación que esta Sala otorga a este proceso, debe entenderse que lo afirmado por el tribunal no obsta para que en este proceso administrativo los damnificados con un fundamento fáctico distinto, (el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley), acudan ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda contra el Estado Colombiano, con lo cual se asegura precisamente el acceso a la justicia nacional y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en reparación en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales.”*

El régimen de responsabilidad que según el Consejo de Estado opera para la situación fáctica que se planteó era el objetivo, por violación al principio de la igualdad ante las cargas públicas, y con base en la teoría del daño especial: *“En el sub-judice, estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores*

171 El Tribunal de Cundinamarca expresó su posición en estos términos: “A juicio de la Sala, en principio, el planteamiento de la demanda no se puede acoger porque es claro que el echo mismo de la expedición de la ley 6ª de 1972 no ocasionó perjuicios a los actores ni lesionó ninguno de sus derechos puesto que su contenido normativo se limita a ratificar la Convención de Viena que regula las relaciones diplomáticas entre los Estados que la suscribieron, entre ellos Colombia y los Estado Unidos de América, estableciendo la inmunidad de jurisdicción para los miembros de las misiones diplomáticas acreditadas ante el respectivo Estado receptor y, por otra parte, para que se presente la responsabilidad por el acto legislativo es necesario que éste sea violatorio de mandatos constitucionales que otorguen específicos derechos a las personas que se sienten lesionadas por su expedición, todo ello dentro de la organización jerárquica del sistema jurídico, o que la misma ley dada la naturaleza de la materia regulada ordena la indemnización de aquellos que, como resultado de su aplicación, vean disminuido su patrimonio en forma mas gravosa que la que corresponde al común de quienes integran el conglomerado social sometido al imperio de la norma”. *Ibid.*

172 En primer lugar no es acertado el criterio según el cual la responsabilidad por el acto legislativo, demande la vulneración de mandatos superiores por cuanto la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado operaba en este caso, no por obstrucción al acceso a la justicia, como había esgrimido el a quo, sino debido a que la Ley 6 de 1972 constituye un hecho dañoso. Sentencia Consejo de Estado de 25 de agosto de 1998.

no deben soportar. “(...)Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

“En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C. P.”¹⁷³

Las dos teorías anteriores merecen reparo, la primera es atrayente, sin embargo parte del supuesto de la ley como actividad peligrosa y riesgosa, y es precisamente esta afirmación la que no aceptamos, no puede aceptarse una interpretación de la actividad legislativa como una actividad peligrosa o riesgosa para las personas, ello sería un contrasentido en el entendimiento de la actividad legislativa con regular la libertad para asegurar la consolidación de un orden justo y el bienestar general.

Respecto de la segunda, se ha dicho que el daño no tiene el carácter de especial en la medida que este lo debemos sufrir todos los colombianos por la aplicación de la ley. Pero también a lo largo de este trabajo se ha sostenido que la generalidad de la ley no es óbice para declarar la responsabilidad del Estado por los perjuicios antijurídicos que esta cause. Y la situación de impedir la administración de justicia a los nacionales colombianos por aplicación del fuero jurisdiccional diplomático es especial.

Sin embargo, consideramos que para evitar confusiones debería crearse un régimen de responsabilidad propio para los daños antijurídicos derivados de la ley, que en este caso podría ser “responsabilidad del Estado por daño antijurídico causado por ley constitucional”, porque los demás eventos (ley declarada inconstitucional y omisiones legislativas absolutas y relativas) quedarían subsumidos dentro del régimen de responsabilidad estatal por falla del servicio legislativo.

173 Sentencia Consejo de Estado de 25 de agosto de 1998

CONCLUSIONES

- La Constitución Política de 1991 aboga por la responsabilidad del Estado (artículo 6 y 90), y frente al tenor del artículo 1 constitucional no caben los argumentos de soberanía (radicada en el pueblo, artículo 3 superior) para negar la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, ello es incompatible con un Estado Social de Derecho con los fines de *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”* (artículo 2 C. N).
- El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra la Cláusula General de Responsabilidad del Estado, y señala como requisitos básicos de configuración dos elementos: el daño antijurídico causado por la acción u omisión de una autoridad pública, y la imputación de éste al Estado.
- Entonces, se requiere la acción u omisión de una autoridad pública, término genérico que permite incluir las tres ramas del poder público, motivo por el cual la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador es totalmente viable a la luz de la Constitución de 1991. Así fue expresamente reconocido por la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 2006, en la cual además aceptó como acción idónea para su reclamación la acción de reparación directa del artículo 86 del CCA, posición que se comparte.
- Con la adopción de la teoría española del daño antijurídico, entendido como aquel que el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar, se traslada la antijuridicidad de la conducta a la antijuridicidad del daño mismo, con lo cual se reconoce que la responsabilidad puede ser tanto objetiva como subjetiva. Los regímenes de responsabilidad estatal creados por la jurisprudencia nacional antes de la constitución de 1991 se reconocen y se mantienen como títulos de imputación jurídica necesarios además de la imputación fáctica.
- La responsabilidad estatal derivada de la actividad legislativa no ha sido reconocida explícitamente por la ley; la jurisprudencia en algunos fallos ha sentado algunos antecedentes, principalmente las sentencias del Consejo de Estado de 18 de octubre de 1990, de 13 de diciembre de 1995, de 25 de agosto de 1998, de 1 de noviembre de 2001; de 26 de septiembre de 2002, y el auto de 15 de mayo de 2003, así como las sentencias de la Corte Constitucional C-587 de 12 de noviembre de 1992, C-543 de 16 de octubre de 1996 y C-038 de 2006. Estas sentencias aunque no la aceptaron para los casos concretos, poco a poco han ido reconociendo que en

Colombia es posible una teoría de la responsabilidad del Estado por la función legislativa, veamos:

- La sentencia del **Consejo de Estado de 18 de octubre de 1990**, niega la responsabilidad del Estado por la aplicación de la ley, considerando que la generalidad, impersonalidad y abstracción de la ley no permiten deducir responsabilidad por los daños causados a los particulares. Pero lo circunscribió a los hechos de la demanda dejando abierta la posibilidad de que en otras circunstancias fácticas pueda darse tal responsabilidad, por ejemplo cuando de la ley se puede deducir que el legislador consintió la indemnización de los perjuicios y cuando la ley a pesar de su generalidad y en miras del interés general, causa daño especial a un número pequeño de personas identificables rompiendo la igualdad ante las cargas públicas.

- En **sentencia de 13 de diciembre de 1995 del Consejo de Estado** analizó la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños antijurídicos causados por los actos de la Asamblea Nacional Constituyente. Se concluyó que sus actos son ejercicio del poder constituyente primario y que estos actos no tienen control jurisdiccional, por lo tanto, no es posible un juicio de responsabilidad del Estado por normas constitucionales ni por actos de la Asamblea Nacional Constituyente por incompetencia. Esto es aceptable, en principio, por que se considera que si bien las normas constitucionales son superiores y no tiene control jurisdiccional, lo que no es aceptable es que una norma creada para preservar los derechos fundamentales los vulnere, lo contrario es inconcebible en un Estado Social de Derecho donde el poder soberano no es absoluto en el sentido de que encuentra su limite en las fronteras impuestas por los derechos fundamentales, que son la razón de ser del contrato social pactado en la Constitución Política.

- En 1996 la Corte Constitucional analizó en extenso el tema de las omisiones legislativas, reconociendo que el legislador incurre en omisiones legislativas que pueden ser de dos clases; relativa y absolutas. La Corte Constitucional en sentencia **C-543 de 1996**, reconoce su competencia para conocer del control de constitucional por el cargo de omisiones legislativas relativas y la niega para las omisiones legislativas absolutas, por carecer de competencia al tenor del artículo 241 superior que le impone el control sobre textos legales y ante la ausencia no es posible el cotejo con la norma superior. Sin embargo, nos aunamos a los salvamentos de voto, que se centran en justificar la posibilidad de control las omisiones absolutas, fundamentados en la premisa según la cual el control constitucional se centra sobre contenidos normativos y no sobre textos legales y ante una omisión o ausencia de texto hay un contenido normativo que puede ser contrario a la Constitución y su control le compete a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución.

- Quizás la sentencia de más trascendencia sobre la responsabilidad del Estado por la función legislativa es la sentencia del **Consejo de Estado IJ 001 de 25 de agosto**

de 1998. En esta oportunidad se demandó al Estado colombiano por los daños ocasionados por un agente diplomático extranjero que gozaba de inmunidad, impidiendo a nacionales obtener justicia en Colombia, el Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia pero rechazó el fundamento según el cual la responsabilidad del Estado derivada de la función legislativa exige la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

El Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por la aplicación de la ley 6 de 1974 que aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas, reconociendo que causó un daño antijurídico al colocar a la accionante en una situación especial y excepcional que le impidió obtener justicia ante las autoridades colombianas y le endilgó la responsabilidad al Estado bajo la imputación jurídica de “daño especial”, principalmente por ocasionarse en una actividad lícita del Estado.

Esta sentencia es el principal antecedente de la responsabilidad del Estado colombiano por la función legislativa, es importante resaltar que en ella se reconoce que al trasladarse la antijuridicidad de la conducta a la antijuridicidad del daño mismo, el fundamento facti de esta responsabilidad puede ser tanto un acto ilegítimo como un acto legítimo, es esta oportunidad la celebración y aprobación de un convenio.

- La responsabilidad del Estado derivada de la omisión legislativa fue estudiada en la sentencia del **Consejo de Estado de 1 de noviembre de 2001**. La ratio decidendi de la sentencia niega la responsabilidad del Estado por omisiones legislativas afirmando que la naturaleza de las funciones legislativas otorgadas al Congreso por la Constitución no se puede concebir como una obligación porque no están delimitadas en el tiempo y por ello la ausencia de producción de leyes no puede sancionarse jurídicamente. Derivado de lo anterior, niega la procedencia de un juicio de responsabilidad del Estado porque no existe un deber jurídico de expedir leyes, es decir no hay omisión legislativa que sirva de imputatio facti de la responsabilidad al tenor del artículo 90, y por lo tanto, los ciudadanos no tienen la potestad de exigir el desarrollo normativo de una norma constitucional.

Esta sentencia es un retroceso en la evolución jurisprudencial de la responsabilidad en estudio y una interpretación inconstitucional que no se aviene con la concepción del Estado Social de Derecho y que vulnera el artículo 4 que estipula la superioridad normativa de la Carta Magna.

- Posteriormente, en **sentencia de 26 de septiembre de 2002**, el Consejo de estado negó la posibilidad de reconocer la indemnización de perjuicios producidos por una ley declarada inexecutable mientras estuvo vigente. La tesis de esta decisión es la regla general de efecto futuro de la sentencia de inexecutable, entendió el Consejo de Estado que los actos anteriores a la declaratoria de inexecutable mantiene su plena vigencia y que solo en los eventos en que la misma sentencia reconoce efectos retroactivos es posible reconocer tal responsabilidad y la consecuente indemnización.

Al respecto consideramos que es posible reconocer la responsabilidad del Estado por los daños causados por ley declarada inexequible al amparo del artículo 90 superior especialmente bajo el concepto de daño antijurídico, una vez declarada inexequible la ley los daños que ocasionó pierden la justificación que hacía soportable el daño y por lo tanto se hacen exigibles al Estado.

-Otra sentencia de importancia para este estudio es el **auto del Consejo de Estado de 15 de mayo de 2003**, en la cual se reconoció expresamente que el legislador incurre en una falla del servicio legislativo cuando una ley ha sido declarada inexequible, pero se advierte que no toda declaración de inexequibilidad genera responsabilidad del Estado, y ratifica que la acción procedente para su reclamación es la reparación directa del artículo 86 del CCA.

- Finalmente, en sentencia **C-038 de 1 de febrero de 2006** la Corte Constitucional reconoce explícitamente que en el artículo 90 el término “autoridades públicas” es genérico y que por lo tanto, comprende las autoridades legislativas, siendo posible al tenor del artículo 90 un juicio de responsabilidad por el ejercicio de la función legislativa a través de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del CCA.

En síntesis, el proceso de desarrollo jurisprudencial colombiano sobre la responsabilidad del Estado legislador ha sido tímido, se ha limitado a reconocer que es posible la existencia de tal responsabilidad, luego estructura los elementos que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como constitutivos de la responsabilidad del Estado, reconociendo especiales características propias de un presupuesto de responsabilidad estatal diferente, pero no así, ha fallado, delimitando la imputación jurídica sobre la cual se estructuraría y, en otros casos ha aplicado títulos de imputación de la responsabilidad del Estado por la función ejecutiva, haciendo más difícil que esta hipótesis de responsabilidad, obligue ante su reclamo la jurisdicción ordinaria a la responsabilidad patrimonial que esta encaminada.

- La teoría de la responsabilidad del Estado derivada de la función legislativa que se propone parte del artículo 90 superior que como fundamento general de toda responsabilidad del Estado sea cual sea el título de imputación fáctico y jurídico. Entonces, esta responsabilidad debe reunir dos elementos básicos: a) Un daño antijurídico causado por la acción u omisión de la autoridad legislativa y b) Un nexo causal o imputación fáctica y jurídica al Estado.

- El daño causado por la ley para ser indemnizable a título de responsabilidad del Estado, debe reunir requisitos especiales acordes con la trascendencia de la actividad legislativa y con los efectos sobre el patrimonio estatal que podría conllevar una responsabilidad muy amplia. Estos requisitos son: a) Ser cierto o efectivo y personal. b) Ser antijurídico, es decir, no debe existir causas jurídicas que justifiquen sufrir el daño. c) Debe ser excepcional y de gravedad anormal a la que normalmente se debe

asumir por vivir en sociedad. d) Ser directo, es decir, que se debe derivar inmediatamente de la ley y entre este el daño y la ley no deben existir factores externos que rompan el nexo causal. e) Ser especial, el daño debe ser particular y no general. Esto es independiente de la generalidad de la ley, porque como tiene establecido la jurisprudencia francesa la generalidad de la ley no es óbice para que ésta cause un daño antijurídico indemnizable. Tampoco se entiende como que la ley debe causar daño a una sola persona porque el daño puede ser causado a un grupo de particulares determinado o determinable.

- Respecto de la imputación jurídica o título de imputación, siguiendo la clasificación que ha adoptado el Consejo de Estado para la responsabilidad del Estado por la función administrativa, la responsabilidad derivada de la función legislativa se estudió bajo dos supuestos: i) Responsabilidad subjetiva o por falla del servicio legislativo, que se produce por ley declarada inexecutable y por omisiones legislativas; y ii) Responsabilidad objetiva o por ley constitucional.

- La responsabilidad del Estado por falla de la función legislativa, puede tener lugar por acción o por omisión, en el primer caso se trata de la ley declarada inexecutable y en el segundo, y en el segundo, de las omisiones legislativas.

- La responsabilidad estatal derivada en la falla legislativa por ley declarada inexecutable se evidencia con la sentencia que declara la inexecutable de la ley, pero esta sentencia no es suficiente para declarar la responsabilidad del Estado, es decir, no toda declaración de inexecutable genera responsabilidad del Estado, se requiere además verificar que el daño antijurídico se haya producido directamente por el defecto que hizo inconstitucional la ley, de manera que se excluyen los daños por vicios de forma y aquellos que no se deriven de la tacha de inconstitucionalidad.

- Los elementos de la responsabilidad del Estado por una Falla en la función legislativa derivada de ley inexecutable son:

1. El hecho dañoso es una Ley con vicios de inconstitucionalidad.

2. El título de imputación del hecho dañoso al Estado es la declaratoria de inexecutable de la Ley.

3. El daño debe reunir los requisitos para ser indemnizable, es decir, antijurídico, especial, cierto, personal.

4. Entre la Falla en la función legislativa y el daño debe haber relación de causalidad.

5. Además el perjuicio debió derivarse de la específica tacha de inconstitucionalidad. Cualquier otro daño que haya ocasionado la aplicación de la Ley, sin relación con el vicio de inconstitucionalidad, en principio no es indemnizable a título de falla.¹⁷⁴

- La responsabilidad del Estado por falla en la función legislativa derivada de la omisión legislativa entendida como “*todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución*”, tiene fundamento en la obligación que la Constitución le impone al legislador de regular o desarrollar alguno de sus mandatos. Contrario a la que expuso el Consejo de Estado en sentencia de 1 de noviembre de 2001 consideramos que la función legislativa a pesar de no estar limitada en el tiempo, tiene la naturaleza de obligación en virtud de la superioridad normativa de la Constitución (artículo 4 superior) que obliga y se impone a todas las autoridades y a los particulares, y en mayor grado al legislador como representante directo del poder soberano del constituyente primario.

- Así como para la responsabilidad derivada de ley declarada inexecutable, también para la responsabilidad derivada de la omisión legislativa se requiere la declaración de la omisión legislativa, para que esta sea declarada la Corte Constitucional en sentencia C-427 de 12 de abril de 2000 precisó los requisitos:

“a) Que exista una norma constitucional sobre la cual se predica la omisión;

b) Que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico;

c) Que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente;

d) Que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y;

e) Que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”

En consecuencia, la omisión legislativa es la vulneración de un deber constitucional expreso y no el incumplimiento del deber general de legislar. Estas omisiones legislativas han sido clasificadas en dos clases: absolutas y relativas. Las primeras se configuran cuando el legislador “no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto y expreso que le ha impuesto la Constitución”; y las segundas, “cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; o cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los

174 Como se verá más adelante se podría alegar la responsabilidad del Estado con otros fundamentos, como la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

beneficios que otorga al resto, o cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”

- De conformidad con el artículo 90 superior y la jurisprudencia nacional, los presupuestos para una responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta son:

a) Una norma constitucional que expresa y concretamente impone al legislador la obligación de desarrollar una materia a través de una ley.

b) El hecho dañoso lo constituye el incumplimiento del legislador del deber de desarrollar la norma constitucional, es decir, el hecho dañoso es la omisión del legislador de expedir una ley cuando la Constitución lo manda.

c) Un daño antijurídico causado por la ausencia de desarrollo legal. El daño es antijurídico si lesiona o perturba el bien protegido por la Constitución que carece negligentemente de desarrollo legal. Este daño antijurídico se hace reconocible solo hasta la sentencia que declara la omisión legislativa absoluta, por lo tanto solo son indemnizables los daños causados con posterioridad a tal declaratoria.

d) Un nexo causal entre el daño antijurídico y la omisión legislativa absoluta. La omisión inconstitucional debe ser la causa directa del daño.

e) La falla en la función legislativa se prueba con la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión absoluta, por ello el título jurídico de imputación es la sentencia que declara la omisión inconstitucional.

- Como quedó establecido, la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, por ello en Colombia en esta etapa de la responsabilidad del Estado, es imposible una demanda de responsabilidad del Estado por falla de la función legislativa derivada de la omisión legislativa absoluta, por cuanto la declaratoria de omisión inconstitucional es un requisito sine qua non de la responsabilidad por esta causa.

- La responsabilidad por falla de la función legislativa derivada de la omisión legislativa relativa reúne los mismos elementos pero con características propias:

a) Una norma constitucional que impone al legislador la obligación de desarrollar una materia a través de una ley sin vulnerar los derechos constitucionales reconocidos, específicamente sin crear discriminaciones injustificadas.

b) El hecho dañoso imputable al Estado es la omisión legislativa relativa, que excluyó a un grupo social de su ámbito de aplicación, provocando una injustificada discriminación a luz de las normas constitucionales.

c) Un daño antijurídico causado por el desarrollo legal que genera un trato discriminatorio que el lesionado no está en la obligación de soportar el perjuicio que le ocasiona la falta de legislación.

En este elemento se debe tener en cuenta que la sentencia que declara la omisión relativa, bien sea por sentencia aditiva, integradora o moduladora subsana la discriminación inconstitucional y por ello, a partir de tal declaración no pueden generarse daños antijurídicos por omisión legislativa. Entonces, solo serán antijurídicos los daños causados durante que va desde de la entrada en vigencia de la norma hasta la declaración y subsanación de la omisión.

d) Un nexo causal entre el daño antijurídico y la omisión legislativa relativa. La omisión inconstitucional debe ser la causa directa del daño. Solo se puede exigir la reparación de daños antijurídicos relacionados con la tacha de omisión relativa por violación de la igualdad o del debido proceso.

e) Una falla en la función legislativa, que se prueba con la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión, por ello el título jurídico de imputación es la sentencia que declara la omisión inconstitucional.

- El régimen objetivo de responsabilidad estatal derivada de la función legislativa tiene su fundamento en el artículo 13 superior, especialmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Se tilda de objetivo debido a que su característica principal no es la falla del legislador, sino que en este evento se trata de un acto legítimo del legislador, una ley constitucional tanto de forma como de contenido bien sea por presunción o por declaratoria expresa de la Corte Constitucional, que no obstante su constitucionalidad causa un daño antijurídico a un particular.

- Sin embargo, no todo daño causado por ley exequible puede ser antijurídico e indemnizable, pues en ciertos eventos este daño se tiene que soportar como en el evento de prohibición de actividades ilícitas o reprochables.

- Para que se configure la responsabilidad del Estado por perjuicios causados por la ley constitucional a particulares, se deben verificar cuatro elementos:

1. Que el daño no consista en la afectación a una actividad ilícita del particular.

2. Que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño (daño antijurídico)

3. Que expresa o implícitamente la ley consagre la obligación del Estado de indemnizar. Si a la luz de la normatividad se puede deducir que el legislador, en su lícita actuación, no quiso excluir al particular afectado del derecho a reclamar perjuicios, y éstos se causan, la indemnización sería procedente.

4. Que el perjuicio o daño antijurídico rompa el equilibrio en las cargas públicas, vulnerando el artículo 13 superior.

- Hasta aquí se expresan estos argumentos no sin antes dejar en claro que a pesar de la claridad de la Constitución de 1991, el legislador y la jurisprudencia colombiana se han mantenido muy apáticos o reacios frente al desarrollo de la responsabilidad derivada de la función legislativa. El derecho es una ciencia no terminada, siempre dispuesta a la evolución conforme la sociedad lo va requiriendo. Ni el legislador ni la jurisprudencia pueden retrasar sin argumentos válidos su desarrollo. Por eso, cada vez se hace más urgente y necesaria la crítica con fundamentos de peso, que orienten la importancia de los mecanismos de participación en el control ciudadano de las actuaciones de sus autoridades.

BIBLIOGRAFÍA

BARRICHARA, Juan Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Chile. Producciones Universitarias. 1985.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Quinta edición. Medellín. Ed. Señal. 1999.

BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. Tomo V. Buenos Aires. Editorial la Ley. 1966. Pág. 23.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Segunda Edición. Leyer. Bogotá. 2003.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho usual. Buenos aires. Editorial Heliasta, 1979. Tomo V.

CANASI, José. Derecho Administrativo. Volumen II. Buenos aires. Depalma. 1977. Pág. 555.

CAZORLA PRIETO, L. M. Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?, Civitas, Madrid 1985.

CEPEDA, Manuel José. El poder de los jueces en el nuevo sistema de separación de poderes. En: Constitución Política de 1991, Visión latinoamericana. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Ediciones Rosaristas. 1993.

CÓDIGO CIVIL. Editorial Leyer. 2003.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial Leyer, 2003.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencias 13002 de 01 de noviembre de 2001, de 28 de octubre de 1976, de 30 de marzo de 1990, Sentencia IJ001 de 25 de agosto de 1998, de 12 de diciembre de 1986, 13477 del 02/05/02, 9467 del 97/04/03, 13251 del 02/05/02. 12212 de 10 de mayo de 2001, 10952 del 02/008/08, 10846 de 26 de febrero de 1998, 818 del 8 de mayo de 1995, 8163 del 13 de julio de 1993, del 8 de mayo de 1995, PI-039 del 02/05/21, de 11 junio de 1989, IJ-002 de 8 de noviembre de 1998, de 1 de noviembre de 2001; 26 de septiembre de 2002 y auto de 15 de mayo de 2003.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-037/1996, C- 543 de 16 de octubre de 1996, C-832/01, C-479/92, SU-747/98, C-1064/01, C-710/01, C-830/01, T-

501/1992, SU 257/97, C-110/2000, C-790/02, C-778/ 2001, SU-1219/2001, C-473/1994, C-587/1992 y C-038/2006.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencias de 2 de agosto de 1912 y de 2 de noviembre de 1944.

DE LUÍS Y LORENZO, J. F. Artículo 24 de la Constitución y poder legislativo. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del poder legislativo. Tomo XVI. 1989.

DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo V. Argentina. Plus Ultra Ed. 1971. Pág. 151.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Sexta edición. Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina. Pág. 566.

ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley 80 de 1993. Editorial Leyer. 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. El caso español. 1ª edición. Madrid. Civitas. 1998.

FRANCO RODRIGUEZ, Paola y GONGORA MERA, Manuel Eduardo. Responsabilidad del Estado legislador en el evento de sentencias moduladas. Tesis (abogados). Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. 7ª Edición. Madrid. Civitas. 1995.

GARRIDO FALLA, F. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. 1989.

GARRIDO MAYOL, Vicente. La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador. Tirant Lo Blanch. Valencia 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Civitas. Tercera edición. Madrid 2004.

HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho constitucional colombiano. 8ª edición. Temis. 1992.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. 1ª edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1991.

HOYOS, Arturo. La interpretación constitucional. Ed. Temis. Bogotá. 1993

JIMÉNEZ LECHUGA, F. J. La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 1999.

JIMENEZ USCATEGUI, Mariangela y ARENAS URIBE, Carolina. La Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador. Tesis (abogados). Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

LEGUINA VILLA, J. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. Civitas. Madrid 1993

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos, *et. al. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Carrera 7a, 1992. p. 198.

LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Buenos Aires: Aguilar, 1963. p. 169.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 1997. Pág. 600

MONTOYA GÓMEZ, Mario. *La responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis, 1977. p. 1

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Sexta edición. Bogotá. Temis. 1995.

PULIDO QUECEDO, Manuel. La eficacia “pro preterito” de los fallos del TC en procesos de inconstitucionalidad y la acción de responsabilidad contra el Estado Legislador: un caso de lotería judicial. Página de Internet http://www.aranzadi.es/online/areas/bib/bib_2000_850_tc11.html.

RAMOS ACEVEDO, Jairo. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali: Universidad Libre, 1994. p. 15.

REBOLLO, Luís Martín. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia. Civitas, S.A. páginas 59 y 60.

Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar>. Diciembre de 2005.

ROTONDO, Felipe: Manual de Derecho Administrativo, del Foro, Montevideo. 2000.

SACHICA, Luis Carlos. Curso de derecho constitucional General. Segunda edición. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. 1994.

SAYAGUES LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, FCU, Mdeo. 1991.

SÁNCHEZ BAPTISTA, Néstor Raúl. Derecho administrativo. UNAB. Bucaramanga. 2006.

SARTORI, Giovanni. Elementos de teoría política. Versión española de M. Luz Morán. Madrid: Alianza. 1992. p. 17

SCHNEIDER, Hans Peter. La Constitución. Función y estructura. p. 64 y ss. En: _____. Democracia y Constitución. Prólogo de Luís López Guerra. Madrid: CEC, 1991. p. 40.

SERRANO ESCOBAR, Luís Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley, 2000. p. 2.

SORIANO GARCÍA, J. E. Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador y proceso descolonizador. 1981.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel. Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia. p. 153.

TODO DERECHO. Página de Internet dirección URL:
<http://orbita.starmedia.com/~tododerecho/bol13.htm>.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 11ª edición. Bogotá. Temis. 1997.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas. 6ª edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1996.

YOUNES MORENO, Diego. Curso elemental de Derecho administrativo.