

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Julio César GAMBA LADINO*

1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con la adopción de la Constitución Política de 1991, surge una transformación radical y eminentemente trascendental, tanto de las bases mismas del Estado, como de las relaciones de este con la sociedad. Esta transformación, comporta no sólo un cambio cuantitativo, dado el aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, en respuesta al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave, ha sido dado por la Honorable Corte Constitucional y puede ser resumido en términos de “*pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos*”.¹ Estos elementos característicos, adquieren relevancia capital para el Derecho constitucional dada la generalidad de sus textos y la consagración que en ellos se hace de los principios básicos de la organización política.

La fórmula acuñada y adoptada por la Constitución Política, que se compone de los conceptos de Estado Social y de Estado de Derecho, debe ser entendida en el *lato* sentido que estos contienen; así, conviene recordar que el Estado de Derecho, en su primigenia formulación apunta a un concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, vale decir, contra el Estado poder y, especialmente, contra el Estado policía, el mismo que intentaba fomentar el desarrollo general del país y lograr la felicidad de sus súbditos a costa de incómodas intervenciones administrativas en la vida privada y que como corresponde a un Estado burocrático, no era incompatible con la sujeción de los funcionarios y de los Jueces a la legalidad. De este modo,

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Corte Constitucional (Colombia), Sentencia T-406 de 15 de junio de 1992 Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón

(...) El Estado de Derecho, en su pristino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido –pues como acabamos de decir, el Estado Absolutista no excluía la legalidad–, sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la “idea del Derecho”(…).²

Así pues, el Estado de derecho se endereza a ser una limitación del poder del Estado por el derecho, pero no la posibilidad de darle legitimidad a cualquier criterio, dándole forma de ley. De este modo, si bien es cierto que la legalidad es una parte constitutiva de la idea del Estado de derecho, no lo es menos, el que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar.

Después de todo, la idea del Estado de derecho surge en el seno del iusnaturalismo y en coherencia histórica con una burguesía cuyas razones vitales no son compatibles con cualquier legalidad sino con una destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales.³

Por su parte, El Estado Social no niega los valores básicos que debía servir el Estado de Derecho, a través de su orden jurídico, cuales eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual. Más bien, les da un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos, razón también por la cual, y ante la crisis del Estado de derecho, se haya presentado como una alternativa dirigida a solventar dicha crisis; la acomodación del Estado de derecho a las urgentes tareas sociales mediante una remodelación o reinterpretación del Estado de derecho en Estado social de derecho.

Los intentos de conferir al Estado de Derecho contenidos sociales, es decir, de otorgar un soporte constitucional a la fraternité al lado de la liberté y egalité, llegan hasta los orígenes mismos del Estado de Derecho.⁴ Así las cosas, el Estado de derecho y el Estado Social, se constituyen en parte fundamental de nuestra

² GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid. Ed. Alianza Universidad, 1996. p. 52

³ ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernest y DOEHRING, Karl. *El Estado Social* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 151.

⁴ *Ibid* p 162.

vida política. Los dos, se han desarrollado en diferentes planos y, representan fuertes corrientes espirituales y políticas. “El componente social se ha manifestado a lo largo de los últimos decenios, sobre todo después de la derrota en la segunda guerra mundial y bajo la influencia de las necesidades sociales con una intensidad creciente(...)”⁵

Concluyendo, el Estado Social de Derecho, acoge los valores jurídico-políticos clásicos; pero de conformidad con el sentido que han ido tomando, a través del curso histórico y con las demandas y condiciones de la sociedad del presente. Además, a tales derechos clásicos, agrega los derechos sociales y económicos. En resultado, no sólo incluye derechos para limitar la acción del Estado, sino también derechos a las prestaciones de este, que naturalmente, deberán obedecer al principio de la eficacia, lo cual exige una armonización entre la racionalidad jurídica y la racionalidad técnica.

1.1 El Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991. El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. El avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático.

Se torna visible la interdependencia que existe entre el principio del Estado social de derecho y el principio democrático. El primero supone la adopción de políticas sociales que normalmente sólo a través del segundo se establecen.⁶

1.2 Finalidad. El Estado de derecho perfecciona el ordenamiento jurídico al establecer un sistema que controla el ejercicio del poder público, creando un medio que permita el pleno ejercicio de los

⁵ *Ibid* p 164

⁶ Corte Constitucional (Colombia), Sentencia No. C-566/95. Noviembre 30 de 1995. Expediente D-823 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz

derechos del individuo, con las necesarias restricciones que impone el interés general sobre el interés particular. La finalidad del Estado Social de Derecho tiene como base para su interpretación finalística al ser humano, visto de manera concreta, esto es, con contenido, encontrándose con individuos materiales y no con entes abstractos. Su razón de ser es constituir un medio idóneo en el cual los asociados puedan extender plenamente sus potencias vitales.⁷

Los fines propios del Estado de derecho, entre otros, son los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. De esta forma, el Estado debe facilitar la participación, sin menoscabo del derecho a la igualdad, y con fundamento en el principio de equidad.

1.3. Justificación. La justificación primordial del Estado Social de Derecho, tiene que ver con el desarrollo de políticas interesadas en el bienestar social como prioritario en la conducción de los intereses colectivos. De otro lado, se trata de comprometer a los diferentes estamentos estatales, con el respeto por los derechos fundamentales, como quiera que su supremacía es lo que debe caracterizarlo. En el Estado social de derecho —que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto—, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, mas allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí. 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.

Dentro de este marco, el legislador tiene que cumplir el principio democrático de desarrollar la Constitución a través de las leyes.

⁷ Corte Constitucional (Colombia), T-124/93. Marzo 29 de 1993, Expediente T6757. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

2. EL LEGISLADOR

El Estado como ente jurídico y político, dotado de atributos que le son propios, particularmente el de ser un poder soberano, es un organismo dinámico que debe cumplir determinados fines y los cuales constituyen su propia justificación.

El fin primordial que debe conseguir el Estado, es el bien común, que se puede traducir en la satisfacción de las aspiraciones colectivas y permanentes de la comunidad. El artículo 2º de nuestra Constitución Política señala algunos de los anhelos colectivos y fines del Estado:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Obviamente el Estado para el logro de esos fines debe ejercer determinadas funciones que se traducen en las distintas actividades estatales como manifestación del ejercicio de la potestad estatal.

La potestad estatal se ha venido ejerciendo tradicionalmente a través de las tres funciones fundamentales del Estado: la función legislativa, la función administrativa o ejecutiva y la función jurisdiccional.

En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador si es entendido ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrado, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial.⁸

Resulta claro que la distinción y separación de las funciones estatales corresponde a la necesidad de distribuir y en especial, controlar el ejercicio del poder político.⁹

Desde el punto de vista orgánico, la función legislativa es la que realiza el poder legislativo, es decir, el parlamento o congreso, pero hoy

⁸ ARISTOTELES *La Política*, Libro IV Capítulo XI Medellín, Ed Bedout, 1982. p 155

⁹ “*Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera a los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares*” MONTESQUIEU *Del espíritu de las leyes*, Libro IX, Cap VI, Madrid Ed Sarpe, 1984

en día observamos que al legislador se le asignen funciones de carácter administrativo y judicial.

La función legislativa desde el punto de vista formal, es la actividad estatal manifestada conforme al proceso establecido para la sanción de las leyes. Todo acto aprobado en la forma prescrita para la sanción de las leyes, cualquiera que sea su contenido jurídico, es una ley y, por tanto, supone el ejercicio de la función legislativa.¹⁰

El legislador tiene según palabras de Carré de Malberg, la calidad de determinar la eficacia normativa del acto jurídico llamado ley, ajustándose a los lineamientos del derecho constitucional.¹¹

Y por último, el criterio material señala la función legislativa como la actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales, es decir, hacer las leyes; entendiéndose por ley, la norma que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de carácter general y permanente.¹²

En este orden de ideas, al Congreso de la República de conformidad con el artículo 114¹³ del ordenamiento constitucional le corresponde reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración.

El poder legislativo consistente en hacer las leyes, define el marco jurídico de la acción del gobierno. Emerge de ésta manera el principio de legalidad al cual está sometido la administración y el poder judicial.

Para nuestro trabajo es importante resaltar el poder de impulsión que tiene el legislador. Este poder consiste en concretar las soluciones a las necesidades y problemas de la comunidad; son las leyes las que impulsan la vida de un Estado de derecho, pues, como se sabe, ellas conforman un mandato de acción para los gobernantes y de acatamiento para estos y los gobernados.

No obstante, que la ley puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, es claro que esta está sometida al orden constitucional. El Estado social de derecho establece una garantía genérica: "Garantía de la constitucionalidad de todos los actos del poder público, cuya efectividad corresponde a los tribunales".¹⁴

¹⁰ NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá, Ed. Temis, 1991. p 215

¹¹ DE MALBERG, Carré. *Teoría General del Estado*. México. Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 249

¹² COPETE LIZARRALDE, Alvaro. Conferencias de derecho administrativo. Citado por Palacios Mejía. *Introducción a la Teoría del Estado*. Bogotá, Ed. Temis, 1965. p.15

¹³ Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración (...) *Constitución Política de Colombia*.

¹⁴ Corte Constitucional (Colombia). Sentencia T-406. Junio 5 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde pues a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de aquélla; lo que quiere decir que deben siempre amparar el derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial en primer lugar, acerca de la constitucionalidad de cualquier acto emanado de una autoridad pública en el Estado y, en segundo lugar, sobre los perjuicios ocasionados por la actividad estatal ya sea lícita o ilícita.

El poder público –incluido el legislativo– legitimado en una Constitución democrática no pertenece a una institución o a una persona determinada, sino a la comunidad, conformada por la población de hombres y mujeres. El poder público proviene del poder constituyente y sólo puede ejercerse conforme a los mandatos de éste, representados en los fines, valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política. El legislador al ejercer su poder en contravía del sistema axiológico de la Constitución o de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del territorio, actúa en forma ilegítima al margen del Derecho constitucional y en violación del mandato claro del constituyente.

De esta forma, surge la necesidad no sólo de controlar la constitucionalidad de sus actos sino también la de garantizar la reparación de los perjuicios ocasionados por su actuación.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Aunque este trabajo básicamente se orienta a la responsabilidad del Estado Legislador consideramos oportuno determinar en este capítulo los fundamentos jurídicos con los cuales el Estado responde por acciones u omisiones.

Para tal efecto haremos referencia a la evolución doctrinaria y específicamente en nuestro país, a través de nuestras Constituciones de 1886 y 1991.

3.1. *Evolución en el Mundo*

3.1.1 *La irresponsabilidad del Estado.* El Estado en sus orígenes se caracterizaba por su irresponsabilidad natural, debido a las teorías que atribuían un origen divino al poder de los reyes, como también, a la falta de un poder soberano que identificara y congregara a una Nación. Sólo existían unos señores feudales poderosos y autónomos en su tierra que podían disponer inclusive, de la vida de sus siervos. Esta atomización del poder impedía la verdadera consolidación de un Estado y a la postre

cualquier expresión de poder llevaba necesariamente a su irresponsabilidad absoluta.

El “Estado” se identificaba con su monarca y nunca se concebía la posibilidad de que respondiera cuando ocasionare un perjuicio. Esta situación en ningún modo varió con la Revolución Francesa y por el contrario, se pasó de un “soberano irresponsable” a un “gobierno popular absoluto”.

Fue necesario que surgiera la Revolución Industrial para que aumentaran los riesgos y se presionara el pensamiento jurídico de manera que se acabara la irresponsabilidad del Estado. El uso generalizado de la máquina, la concentración de la riqueza y la imperiosa necesidad de una intervención más activa del Estado en actividades comerciales e industriales conllevaron consecuentemente a un mayor potencial de riesgo y daño en cabeza del Estado. Esta nueva actividad estatal debería garantizar necesariamente los derechos de las personas, igual como sucede en el Derecho civil cuando un particular lesiona a otro.

3.1.2 Responsabilidad Civil del Estado. La Corte de Casación y los Tribunales Ordinarios de Francia defendían la tesis consistente en que cualquier indemnización proveniente del Estado por fuera de una relación contractual necesariamente debía ser resuelta por los tribunales ordinarios y conforme a lo regulado por el Código Civil.¹⁵ Sin embargo, el Consejo de Estado no se resistía a conocer de estos procesos –en especial las indemnizaciones de origen extracontractual del Estado– sustentándose en las teorías del “Estado deudor” y de “la existencia del acto administrativo”. La primera teoría consiste en que cuando se reclama al Estado una indemnización de un perjuicio, este se convierte en deudor del particular, siendo por consiguiente de competencia administrativa y no civil. La segunda teoría obedece sencillamente a que dada la existencia de un acto administrativo en cualquier litigio, este es competencia de los tribunales administrativos.

A partir del Fallo Blanco del 8 de febrero de 1873 la jurisprudencia francesa deja de lado los preceptos napoleónicos para empezar a estructurar y consolidar un régimen independiente del civil, autónomo como fue el de la responsabilidad del poder público fundamentado en normas de carácter público, incluida, la Constitución.

¹⁵ Artículos 1382-1384 Código Civil Francés.

3.1.3 *Responsabilidad Administrativa del Estado*. Dentro de las consideraciones que tuvo el Tribunal de Conflictos cuando sentenció el fallo blanco fue la necesidad urgente de consolidar el interés general en la correcta y eficaz prestación de los servicios públicos, protegiendo de esta forma a los particulares que pudiesen verse afectados por una falla en esa correcta prestación. Otra consideración que dejó sentada la jurisprudencia fue el carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por fallas en la correcta prestación del servicio.¹⁶

A pesar del carácter restrictivo, la misma jurisprudencia ha venido evolucionando frente al régimen civil de la responsabilidad llegando al punto en que se ha podido deducir responsabilidad patrimonial del Estado en casos en los cuales no podría darse si se aplicaran las normas del Código Civil.¹⁷

3.2. *Evolución en Colombia*

3.2.1 *Corte Suprema de Justicia*. Desde 1886 hasta 1964, la Corte Suprema de Justicia tuvo a su cargo la competencia de conocer y decidir los asuntos relativos a la responsabilidad del Estado en materia contractual y extracontractual.¹⁸

• La Corte inició su periplo jurisprudencial el 17 de agosto de 1898 al afirmar que no se debía imponer al Tesoro Público “la obligación de indemnizar ninguna clase de perjuicios”; ésta afirmación era consecuente con la época por cuanto era difícil indemnizar a los particulares por los daños ocasionados por las guerras civiles, salvo disposición legal en contrario. Este pronunciamiento se hacía en la época de la irresponsabilidad del Estado so pretexto de la soberanía del mismo.

• En el periodo comprendido entre 1896 y 1941, la Corte Suprema de Justicia estableció y desarrolló la tesis de “la responsabilidad civil de las

¹⁶ Ya el Consejo de Estado Francés en el fallo ROTSCCHILD se había pronunciado al respecto, en dicha oportunidad se afirmó inicialmente que la responsabilidad estatal no era de carácter general ni absoluta y por el contrario tenía un carácter restrictivo de IRISARRI RESTREPO, Antonio José. *La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia* Artículo *La Responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del silencio en Colombia* Bogotá Ed Universidad Externado, 1986 p 145

¹⁷ LONG, WEIL, Braibant “*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*”, Citado por Antonio José de IRISARRI RESTREPO en su artículo *La responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia* Bogotá: Universidad Externado, 1986. p. 145

¹⁸ de IRISARRI RESTREPO, Antonio José y ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo *La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia*. Artículos. *La Responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del silencio en Colombia y La Responsabilidad objetiva de la Administración Pública en Colombia*. Bogotá. Ed. Universidad Externado, 1986 p. 125 a 138 y 145.

personas jurídicas, incluyendo las de Derecho público, con fundamento en la responsabilidad civil indirecta consagrada en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil. Las personas jurídicas privadas y públicas son responsables *“por no haber puesto el debido cuidado en su elección y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño del cargo”*. Producto de los múltiples fallos de la Corte en este período, la responsabilidad civil indirecta de las personas jurídicas públicas y privadas se estructuró teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: a) Responde la persona jurídica por la actuación de sus agentes en ejercicio de sus funciones. b) Existe presunción de culpa por su mala elección y vigilancia, sin embargo se puede demostrar la ausencia de culpa por parte de la persona jurídica.

- A partir de 1938 la Corte dio un viraje en su concepción y determinó que la responsabilidad de las personas jurídicas era directa con fundamento en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por consiguiente la culpa personal era la culpa propia del ente jurídico y éste se exoneraba de responsabilidad cuando probará un hecho extraño (hecho de un tercero, caso fortuito o culpa de la víctima) y no por ausencia de culpa. También la Corte desarrolló el concepto de solidaridad entre la persona jurídica y el autor del daño.

- Con el desarrollo de la teoría organicista de la responsabilidad, sólo los funcionarios directivos representaban a la persona jurídica y éstos comprometían la voluntad del ente y por ende su responsabilidad, en cambio, los funcionarios auxiliares sólo generaban responsabilidad indirecta por sus actuaciones dañosas.¹⁹

- El 30 de junio de 1962 la Corte en su célebre fallo “Tinjacá” se apartó de las doctrinas sobre responsabilidad indirecta y organicista, adoptando como criterio suyo las teorías de la responsabilidad directa tratándose de entes privados y la de la “falla del servicio” tratándose de entes públicos. En ese momento no sólo existía fundamento legal (artículo 2341 del C.C.) sino también constitucional (Artículo 16 C.N.).²⁰

- Por mandato del Decreto Ley 528 de 1964, el Consejo de Estado adquirió la competencia legal para conocer y decidir controversias que generen responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

¹⁹ Artículos 2341 y 2347 del Código Civil Colombiano.

²⁰ Artículo 16: “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (artículo 9º del Acto Legislativo No 1 de 1936).

3.2.2 *Consejo de Estado*. Aunque a partir de 1964, el Consejo de Estado asumió la competencia funcional, para conocer y decidir asuntos que generan responsabilidad del Estado, éste ya se había pronunciado sobre el particular y sus decisiones se fundamentaban en los conceptos de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin falta y responsabilidad por daño especial o por rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.²¹

Siguiendo la evolución del Derecho francés, el Consejo de Estado desde 1960 comenzó a consolidar su tesis en el sentido de que el Derecho administrativo con apoyo del constitucional, podía estructurar una sólida teoría de responsabilidad extracontractual del Estado sin acudir a las normas del Código Civil; los artículos 67 y 68 del entonces Código Contencioso Administrativo²² soportaban con mediana claridad la responsabilidad del Estado a través de todas las formas de expresión y de actuación de la administración. Sostenían la teoría de responsabilidad objetiva con fundamento en la violación de la ley, en la falta o falla del servicio y en el daño.

Recordando las palabras del profesor Antonio José de Irisarri²³ podemos decir que antes de la expedición de nuestra actual Constitución Política, la responsabilidad del Estado se sintetizaba en los siguientes puntos:

- No había distinción entre el órgano a través del cual se manifestaba la voluntad del Estado y los agentes ejecutores, es decir, se trataba de una responsabilidad directa del ente público.

- De conformidad con el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, si el funcionamiento deficiente de los servicios públicos ocasionaba una lesión o perjuicio a un particular, el Estado debía responder y resarcir dichos perjuicios independientemente de la culpa de sus agentes.

- No obstante lo anterior, el actor debía probar los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, a saber:
a) La existencia del hecho dañoso (falla del servicio) por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falla o falta era funcional, anónima o del servicio a cargo de la administración.
b) La existencia de un daño que ocasionaba la lesión o perturbación de un bien protegido por el ordenamiento jurídico; éste daño debía ser propio, cierto, determinado o determinable, no eventual y que no

²¹ Corte Suprema de Justicia (Colombia) Sentencia del 29 de julio de 1947. Magistrado Ponente. Gustavo Valbuena. (Anales Consejo de Estado, Tomo. LVI, p. 448 y ss.).

²² Ley 167 de 1941 Por la cual se expide el Código Constitucional Administrativo Colombiano

²³ La responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia *Op. cit* IRISARRI, ANTONIO JOSÉ *La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia* pp 155 y ss

hubiere sido indemnizado y, c) El nexo causal entre la falla o falta del Estado y el daño. Sin embargo, el Estado se podía exonerar probando que la causa del daño se originó en la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, demostrando en el fondo la ausencia de relación entre la falla o falta de servicio y el daño. También se podía exonerar la administración cuando el daño había sido causado por el agente en actos por fuera del servicio.

- La responsabilidad extracontractual del Estado se fundamentaba básicamente en la teoría de la falla o falta del servicio bajo la interpretación de normas constitucionales y no civiles.

No sobra recordar que el Consejo de Estado ha venido desarrollando su teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado con fundamento en normas constitucionales diferentes a las del Derecho privado; esta posición ha dado lugar a la aplicación de las teorías de responsabilidad sin culpa como las del daño especial cuando se viola el principio de equidad en las cargas públicas²⁴ y, la responsabilidad del Estado por la ejecución de obras públicas.

Por último, es importante referenciar, en éste ultimo punto tratado, sobre la responsabilidad objetiva, la Sentencia del Consejo de Estado del 20 de febrero de 1989 la cual resume ésta clase de responsabilidad en los siguientes términos:²⁵

a) *La teoría del daño especial*: Se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando esta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos deben normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal. (...) Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de

²⁴ “El principio de proporcionalidad de las cargas públicas, que también ha sido propuesto como fundamento para resolver en la ley el problema, es de aplicación algo imprecisa, y no conduce a una solución jurídica racional.

Esta concepción tiene, sin duda, un innegable fundamento político económico en lo que es materia de imposición; pero, por eso mismo, debe mirar, más que todo, a la capacidad contributiva o igualdad de sacrificio de las cargas tributaria, cuestión extraña al derecho de resarcimiento de daños causado por la Administración pública

Si el Estado, mediante la prestación de los servicios públicos, aporta a los administrados ventajas generales -aunque también diferenciales que sólo justifican la conversión del impuesto en tasa-, recíprocamente, en compensación de esos beneficios, los beneficiarios o usuarios, particulares, en suma, deberán sufrir los daños que los servicios públicos eventualmente ocasionan. Pues bien: esa compensación no se produce cuando alguien sufre en forma desigual un daño. Luego, debe indemnizarse. Tal es la explicación de la doctrina”. Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo*, Tomo V, 6ª Ed. 1980. Ed. La ley, pp 18 y 19.

²⁵ Consejo de Estado (Colombia). Expediente 4655. Consejero Ponente: Antonio José De Irisarri Restrepo.

manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón a la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado(...). Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan solo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad(...).

b) *Responsabilidad por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra.* Encuentra esta teoría su fundamento inmediato en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y aunque en su substrato se encuentra la misma idea de igualdad ante las cargas públicas, a diferencia de la teoría del daño especial opera tan solo para eventos específicos: la ocupación o la expropiación de inmuebles en caso de guerra y siempre que una u otra se muestren como indispensables para lograr el restablecimiento del orden público.

c) *Responsabilidad por el riesgo excepcional.* Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un <riesgo de naturaleza excepcional>, que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

3.3. *Responsabilidad Estatal en la Constitución de 1991.* A partir de 1991, no es el Consejo de Estado quién se aparta de la influencia francesa sino que es el propio constituyente el que incorpora en nuestro ordenamiento constitucional las tesis españolas, en este orden de ideas, hoy se habla de la responsabilidad del Estado por daño antijurídico, cobrando plena autonomía e independencia de la responsabilidad regulada en materia civil.

Interpretando el nuevo alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado, el Consejo de Estado dijo:

a) El artículo 90 (C.N.) no convirtió en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado.

b) La antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, la que puede ser legal o regular o ilícita.

c) El daño causado debe imputársele a una persona pública determinada (autoridad en sentido *lato*), para que ésta responda patrimonialmente (imputabilidad patrimonial).

d) No es indiferente que el sujeto activo obre correcta o incorrectamente, ya que si el obrar fue regular la antijuridicidad del daño, que puede calificarse de objetiva, surgirá de la existencia del mismo y no de la conducta administrativa. En cambio, cuando esa conducta sea irregular y produzca un perjuicio, éste

seguirá siendo antijurídico y objetivo, pero su prueba se facilitará con la constatación de esa irregularidad. En dicho evento nada impide que se hable, frente a la conducta misma, de antijuridicidad subjetiva. Pero la calificación, cabe reconocerse, es más de tono académico que práctico.

e) Una cosa es la antijuridicidad del daño y otro es el criterio para definir la imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo en esa relación de la calificación de ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado.

f) La imputación patrimonial, aún tratándose de la responsabilidad objetiva, no impide la operancia de las causales de exoneración conocidas como fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero igualmente exclusivo y determinante; y no las impide, porque estas causales debidamente probadas destruyen la imputación que se le hace a la administración, para mostrar que ésta no tuvo nada que ver con el resultado dañoso; que no fue, en otras palabras, su causa.

g) La antijuridicidad del daño es siempre objetiva (no tenía el sujeto lesionado por qué sufrirlo); pero no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda por qué, en ciertos eventos, la administración resulta responsable pese a que actuó regularmente.²⁶

Es claro el Consejo de Estado en advertir que nuestra Constitución convierte toda la responsabilidad del Estado en objetiva; para llegar a esta conclusión es preciso determinar el alcance del artículo 90.

En efecto, el inciso primero del artículo 90 de nuestra Constitución Política prescribe: “*El Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades pública*”.

Pero, ¿qué se entiende por *daño antijurídico*? El daño antijurídico es aquel que el Estado no tiene derecho a causar. Ese derecho a dañar, en algunas hipótesis, deja de existir si el Estado actúa con falla o culpa.²⁷

El daño, según García de Enterría, es jurídico cuando la persona que lo sufre tenía la obligación de soportarlo, y es antijurídico, cuando la víctima no tenía la obligación expresa de soportarlo; el daño antijurídico es aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones no tiene derecho a causar y por lo tanto, el Estado responde. El Estado en aras del bien general tiene el derecho de dañar y, para lograrlo,

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 7622, 12 de Julio de 1993 Consejero Ponente. Carlos Betancur Jaramillo

²⁷ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La responsabilidad del Estado* Bogotá: Temis 1997. pp. 45 y ss.

impone a sus súbditos, la obligación de, en algunos casos, soportar los daños que su actuación puede generar.²⁸

Por otra parte, Garrido Falla anota que “el daño antijurídico no es sinónimo de responsabilidad objetiva” y divide en dos grupos la responsabilidad estatal. Primero, por la actuación culpable o negligente de la administración, en la que se encuentra: la responsabilidad por actos administrativos ilegales y por funcionamiento anormal del servicio público. El segundo grupo es la responsabilidad objetiva sin culpa ya sea por actuaciones materiales no ilegales que causan daños a terceros (funcionamiento normal de los servicios) o por la creación de situaciones de riesgo objetivo o por actos no fiscalizables (o no anulables) en vía contencioso administrativa.²⁹

En consecuencia, al tratar nuestra Constitución el daño antijurídico, simplemente lo que hizo fue contemplar como una vertiente de responsabilidad estatal, la hipótesis objetiva pero se continua con la remisión al legislador y a los tribunales, para que estos determinen en qué casos existe el daño antijurídico, ya sea por falla del servicio o por daño especial.³⁰

No obstante, el profesor Tamayo Jaramillo considera que existe una incoherencia al interior del Consejo de Estado, en razón a que adopta teóricamente la doctrina de García de Enterría, pero con la proyección de Garrido Falla, porque al momento de resolver casos particulares adopta la tesis de éste último. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de noviembre 26 de 1992 señaló:

En esta responsabilidad, como reiteradamente lo ha dicho la sala, la atención del constituyente no se fijó en el autor de la conducta causante del daño, sino en la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. La culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Esta verdad jurídica explica la razón por la cual en muchos casos ella deba responder de los daños patrimoniales ocasionados no obstante haber

²⁸ GARCIA ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás R. *Curso de derecho administrativo*, t II, 7ª ed., Madrid Ed Civitas, 1996. p. 56

²⁹ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Vol II, parte general, 9ª ed Madrid, Ed Tecnos, 1989, p. 220 y ss.

³⁰ “Podemos, pues, afirmar que cuando el Estado tenga la facultad de dañar, el daño será jurídico y, en consecuencia, la víctima tiene la obligación de soportarlo. Y cuando dicha facultad no existe, la víctima no tiene la obligación de soportarlo y, por lo tanto, será antijurídico. Lo antijurídico no se refiere, pues, necesariamente a la inclusión de la culpa o falla como elemento de responsabilidad” *Op cit* GARRIDO p 57

tenido una actuación lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que recoge también en el artículo 1º de la Constitución Nacional cuando se refiere a Colombia como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran.³¹

Por otra parte, es necesario conocer el alcance no administrativo sino constitucional del artículo 90:

(...)3. Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la Constitución derogada –en especial el artículo 16– los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad 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, como se ve, el actual mandato constitucional es no solo imperativo –ya que ordena al Estado responder–, sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable al ámbito contractual. Por el contrario, para esta corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende, no sólo la responsabilidad extracontractual, sino también el sistema de responsabilidad pre-contractual, así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.³²

Creemos que la discusión de si el artículo 90 consagra o no la responsabilidad objetiva no es útil para estos efectos, lo importante a rescatar del mencionado artículo es lo que la Corte Constitucional llamó *cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*. Esta cláusula impulsa de manera notoria la evolución de la teoría de la

³¹ Consejo de Estado (Colombia). Sentencia de Noviembre 26 de 1992. Bogotá, Expediente 7130
Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

³² Corte Constitucional (Colombia), Sentencia 1 de agosto de 1996. Sentencia C-333/96- Expediente D-111 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

responsabilidad, le da un arraigo constitucional totalmente independiente de las tesis civilistas y necesariamente obliga, tanto a los tribunales como al Consejo mismo, seguir estructurando las teorías de responsabilidad por falla del servicio y las teorías objetivas.

La cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tarde o temprano, obligará a la jurisprudencia –al igual que sucedió con la responsabilidad estatal por error judicial– a desarrollar con mayor análisis y profundidad la responsabilidad del Estado legislador, superando la indemnización por perjuicios ocasionados con la expedición de leyes que afectaban alguna actividad lícita o monopolística.

4. DE LA IRRESPONSABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

4.1. *Antecedentes.* Actualmente se acepta, de manera general, la posibilidad de que el Estado pueda ser responsabilizado por la sanción de normas legales, y que pueda ser obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con ocasión de esa actividad legislativa resulten a los particulares.

En el pasado, y por aplicación de conceptos ya expuestos, se negaba rotundamente que existiera una responsabilidad extracontractual del Estado por actos de ese tipo, especialmente, porque la actividad legislativa es un típico exponente de la soberanía, debiendo los súbditos soportar los posibles perjuicios que les pudieran resultar, como algo inherente y propio de su condición de sometimiento a dicha soberanía.

Se decía, en tal sentido, que el legislador no está sujeto a la ley, sino que se halla por encima de ella; sus funciones son por eso siempre legales, a lo que se añadía que siendo la ley expresión de la voluntad general, incluía también la del propio damnificado, que de tal modo no podía fundar ningún tipo de reclamo.

De modo que, durante mucho tiempo se ha aceptado la irresponsabilidad del Estado por los daños causados por el legislador, en razón a que la ley es considerada la manifestación más alta de la soberanía del Estado y adicionalmente, se identifica al legislador como el representante directo del pueblo.

En consecuencia, el Estado legislador ha sido por esencia, irresponsable; en principio, las ideas que han fundamentado la irresponsabilidad del legislador pueden concretarse en que al ser el legislador un poder soberano que expresa la voluntad de la nación, no es posible reclamarle por las consecuencias de sus actuaciones.

Adicionalmente, se encuentra el carácter general de la ley como otro limitante para que el legislador responda por sus actos, teniendo en cuenta que el carácter general de la ley impide que se presente la especialidad del daño; siendo ésta, una de las condiciones para que el daño pueda ser reparable, de tal forma que los daños ocasionados por el legislador constituyen cargas públicas que deben soportar los gobernados.

En este orden de ideas, era impensable que el legislador respondiera por sus actos; la soberanía era absoluta y la ley dejaría de serlo si se suprimía el efecto general de sus disposiciones.

Sin embargo, poco a poco la doctrina fue evolucionando hacia el reconocimiento de una tal responsabilidad, y así Duguit,³³ al desarrollar su teoría del seguro social, explicó que éste cubría también los riesgos resultantes de la aplicación de una ley, admitiendo, en consecuencia, la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa.

El Consejo de Estado Francés en el año de 1838, en el fallo *Duchatelet* afirmó la irresponsabilidad total y absoluta del Estado Legislador. El señor Duchatelet era fabricante de tabaco pero una ley en el año 1835 impidió que este señor continuara con la fabricación, circulación y venta de tabaco facticio; el espíritu de la ley era la de garantizar el monopolio fiscal de los tabacos, en ningún momento la ley se justificó en el carácter nocivo del tabaco ni tampoco contemplo indemnización alguna para aquellos fabricantes que resultaren lesionados por dicha prohibición.³⁴

En esta oportunidad, el Consejo de Estado no se abrogó mas competencia de la que tenía para decretar indemnización, simplemente consideró que el Estado no podía ser responsable de las consecuencias de una ley cuyo fundamento era nada menos que el interés general. Esta tesis era concordante con la época puesto que hasta ahora se empezaba a esgrimir la responsabilidad del Estado por actos o hechos administrativos; la virtud de los actos legislativos y de la soberanía –se sostenía– es la de imponerse sin que se pueda reclamar compensación alguna por sus efectos.³⁵

La responsabilidad del legislador quedó rezagada a la evolución que tuvo la de la administración, sin embargo, a finales del siglo XIX se

³³ DUGUIT León *Traité de Droit Constitutionnel* Zene Ed Paris Ancienne Libraire Fontemoing & Cie Eitenif, 1921 p 354

³⁴ WALINE, Cassin R. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative* Paris Editorial Sirey 1974 p. 242

³⁵ *Ibid* p 243

empezó a cuestionar la concepción de soberanía y su irresponsabilidad. El derecho a la indemnización fue reconocido por primera vez a los colaboradores del Estado que con motivo de nuevas disposiciones legislativas sufrieron nuevas e imprevistas cargas.³⁶

A pesar de tratarse de aspectos contractuales, el Consejo de Estado Francés en fallos de 1906, 1929 y 1939, reconoció a dos sociedades mineras concesionarias del Estado, el derecho de ser indemnizadas por el perjuicio sufrido, al facultar a los prefectos de prohibir los trabajos subterráneos aledaños a línea del tren.³⁷

La sociedad Premier y Henry, fabricantes de ajeno solicitó la indemnización de perjuicios ocasionados por la expedición de una ley en el año 1915, la cual prohibió la fabricación de ajeno. El Consejo rechazó la demanda fundamentándose en la finalidad de la misma ley: impedir la fabricación de productos peligrosos para la salud pública.³⁸

4.1.1 *Fallo "La Fleurette"*. La Fleurette era una sociedad que fabricaba una crema sana e higiénica llamada "Gradine" cuya composición era un setenta por ciento (70%) de leche y treinta por ciento (30%) de otras sustancias (derivados lácteos, aceite de maní y las yemas de los huevos). El 29 de junio de 1934 se expidió una ley con el único propósito de beneficiar la industria lechera, prohibiendo de esta manera, la fabricación y comercialización de productos distintos elaborados con leche cien por ciento (100%). El Consejo de Estado analizó si realmente la intención del legislador fue la que sufrió esta sociedad, llegando a la conclusión que no. El tribunal también analizó si la actividad ejecutada por La Fleurette era lesiva para la sociedad, llegando a la conclusión que tampoco y que procedía la indemnización solicitada.³⁹

En esa oportunidad, la reparación fue procedente con apoyo del principio de la igualdad ante las cargas públicas; La Fleurette asumió una carga grave que desencadenó en el cierre de la sociedad, convirtiéndose en la única persona perjudicada por la expedición de dicha ley.

Lo importante de este fallo, es que puede existir, indemnización a pesar del silencio normativo.

³⁶ *Ibid* p 243

³⁷ *Ibid* p 245

³⁸ DROMI, José R. *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires Ed Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma 1979 p 203

³⁹ VEDEL, Georges *Droit Administrative*. Paris, Ed Press Universales de France 1958, p 290 y ss

4.1.2 *Fallo Caucheteux et Desmont*. De igual forma se aceptaron las pretensiones de la sociedad demandante por los perjuicios ocasionados por la ley del 9 de julio de 1934, la cual buscaba favorecer la producción de cereales, disminuyendo el porcentaje de otros productos diferentes a la cebada como la glucosa que se utilizaba para la fabricación de la cerveza. En esta ocasión al probarse que la glucosa no era sustancia tóxica, el Estado debió responder e indemnizar a la sociedad afectada por la expedición de dicha ley.⁴⁰

4.2. *Doctrina Extranjera*. Inicialmente en Francia, se sostenía que las leyes son actos de soberanía del Jefe de Estado; los daños que causan a los particulares, no pueden salvo disposiciones expresas en contrario, dar lugar a demandas por responsabilidad del Estado ante ningún tribunal. Al no tener limitación alguna el poder del parlamento, las leyes que éste sanciona no pueden ser objeto de clase alguna de recurso y menos de indemnización, en pocas palabras aceptaban la irresponsabilidad absoluta del Estado Legislador, basado en su soberanía.⁴¹

Posteriormente, la Jurisprudencia y la Doctrina Francesa reconocían al legislador amplios poderes para decidir si hay que pagar o no indemnización a los particulares afectados por la aplicación de una ley. Este poder de discrecionalidad permitía al legislador a su libre albedrío establecer soluciones de resarcimiento en los casos que resulten los particulares afectados, teniendo en cuenta lo siguiente:⁴²

- El legislador en el mismo texto legal puede negar cualquier clase de indemnización, circunstancia que sólo permite al juez aplicar directamente la voluntad de este, rechazando cualquier clase de reclamación.
- Cuando el legislador guarda silencio respecto a cualquier compensación, es el juez, de acuerdo a los métodos de interpretación, el que tiene que establecer el significado de los términos establecidos y su alcance.⁴³

El Consejo de Estado Francés inicialmente estableció que toda ley expedida en interés general excluye el derecho de reparación. Por

⁴⁰ SAYAGUES LASSO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo* 2a. ed. Tomo I. Montevideo. Ed. Martín Blandai Altona, 1959. p. 614.

⁴¹ Pensamiento distinto al de Duguit quien criticaba la sacralización del concepto de soberanía y por el contrario, afirmaba que si el Estado es asegurador frente a los administrados de todos los riesgos que resulten de su actividad general, ese seguro debe cubrir el riesgo resultante de la aplicación de la ley. (HAURIU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* España. Editorial Ariel, 1980. p. 169).

⁴² *Op. cit.* SAYAGUES... p. 618 y ss. Ver también: DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo II Buenos Aires. Ed. Atrea, 1987. p. 680 y ss.

⁴³ LAFERRIÈRE, Hauriu, JEZE y DUEZ sostenían que cuando la ley guardaba silencio respecto a indemnizaciones significaba una verdadera negativa de reparación

ejemplo, en Francia no se reconoce indemnización alguna cuando la ley afecta ciertos sectores industriales o comerciales como medida económica para controlar el alza de los precios.

En todo caso, el juez debe tener en cuenta principio de equidad, moral social y oportunidad social para reconocer o no una indemnización; sin embargo queda claro que en Francia no hay lugar a reparación cuando la ley busca reprimir actividades ilícitas o inmorales.

- El legislador en otras ocasiones puede prever la indemnización. Esta previsión sólo se aplica a los casos expresamente establecidos en la ley y de manera restrictiva. Cuando el legislador no establece el monto de las indemnizaciones, éste delega ya sea a la Administración o al propio juez la función de determinar el monto de las mismas, puesto que la naturaleza del parlamento le impide legislar para casos particulares.

- Para los tribunales franceses es procedente la reparación de perjuicios por actos legislativos siempre y cuando cumpla por lo menos con los siguientes requisitos: a) Que la propia ley no haya excluido el derecho de reparación; b) Que el perjuicio sea especial y de una gravedad suficiente que exija su reparación. El perjuicio debe referirse a una pluralidad o grupo específico de personas y no a la sociedad en general y, c) Deben valorarse los intereses que la ley perjudica frente a los beneficios de la misma.

De esta forma, la jurisprudencia y la doctrina francesas han admitido que cuando una ley beneficia a la sociedad pero simultáneamente perjudica a un grupo corresponde indemnizar, pues la injusticia es evidente.

El concepto de responsabilidad del Estado-Legislator igualmente ha tenido un gran desarrollo y ha cobrado gran impulso en la doctrina y jurisprudencia españolas. El profesor Garrido Falla al comentar la sentencia del 25 de septiembre de 1987 dictada por el Tribunal Supremo comenta:

(...) si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos aún puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados.⁴⁴

⁴⁴ GARRIDO FALLA, Gerardo. *Sobre la responsabilidad del estado legislador*. Revista de Administración Pública No 118. Madrid (Esp) Ed. Civitas. Enero-Abril 1989 p 53 y 54

Por otra parte el profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, publicó un estudio sobre la responsabilidad del Estado Legislador, y al referirse al tratamiento que en Italia se le ha dado, expresó:

(...) El tema se plantea, desde el punto de vista de la teoría del sacrificio, de modo abierto: ¿Existe un derecho a indemnización en relación con los daños producidos por actos legislativos?. O, desde la perspectiva opuesta, ¿se halla el legislador vinculado constitucionalmente a resarcir los daños que causa a los particulares en el uso de su potestad normativa?. Como puede apreciarse, el tratamiento del problema es frontal, sin referencia alguna a una justificación en la idea de culpa o ilícito (...). La respuesta a este interrogante es hoy unánime positiva, si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial (...) esta respuesta se basa en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos. Y otro, de naturaleza positiva, el principio de intangibilidad relativa del patrimonio, deducido por vía analógica del artículo 42,3 de la Constitución, que define el instituto expropiatorio y lo condiciona a la existencia de una indemnización (...).⁴⁵

En México se ha venido aceptando la responsabilidad del Estado Legislador cuando se expiden leyes inconstitucionales o leyes que causan perjuicios indebidos a los particulares.

Para los tratadistas argentinos, si es admisible la responsabilidad extracontractual del Estado legislador aún cuando la ley expresamente lo prohíba o guarde silencio. Procede la reparación en primer lugar, cuando la ley en su texto contempla la indemnización por el daño causado a los administrados; en segundo lugar, cuando la ley guarda silencio en materia de indemnización pero que va en contravía con las normas constitucionales y por último, cuando la ley niega expresamente la indemnización, en este caso, es interpretación del juez buscar el alcance de la ley y la Constitución.⁴⁶

Al respecto, es oportuno citar al profesor Agustín Gordillo, el cual critica la formulación amplia que ha efectuado la jurisprudencia res-

⁴⁵ *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública. No. 68, Madrid (Esp) Ed. Civitas. p. 45

⁴⁶ En varios fallos la Jurisprudencia Argentina ha estructurado la responsabilidad del Estado Legislador en la noción de enriquecimiento sin causa, concretamente en el caso de La compañía Swift de la Plata S.A.C. en la provincia de Buenos Aires. En 1969 la provincia cobró un impuesto a las ganancias lucrativas, el sujeto pasivo del impuesto fue siempre una sola persona. La jurisprudencia estableció que la empresa podía repetir el pago del impuesto cuando lograra probar que hubo una percepción ilícita por parte del gobierno y que ésta no había trasladado el costo del impuesto a los consumidores. (ALTAMIRA, Pedro Guillermo *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ed De Palma 1971. p 118)

pecto a la irresponsabilidad por el cobro de impuestos legítimos sobre la propiedad privada:

El ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión. Esta interpretación tan amplia justifica la irresponsabilidad del Estado en el ejercicio de los poderes de guerra o cuando una ley organice o regule un servicio público.⁴⁷

Sin perjuicio de lo anterior, es importante transcribir a continuación como el profesor Gordillo contempla la responsabilidad por acto legislativo, tomando como fuente la misma jurisprudencia de su país:⁴⁸

No reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad, con lo cual parece aceptar, para el caso de la responsabilidad legislativa, la doctrina alemana del “perjuicio especial”. Como dice Mayer, la actividad del Estado “no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen: por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material....habrá lo que se llama el sacrificio especial....que debe indemnizarse.

Como podemos observar el fundamento de una posible “responsabilidad del legislador” está en los principios de equidad e igualdad.

Otros casos de responsabilidad citados por el autor es el caso de la Asociación Escuela Popular Germana; aunque no se reconoció directamente responsabilidad por parte del legislador, tampoco se acepta que el Estado se enriqueciera sin justa causa.⁴⁹

También según Gordillo, la jurisprudencia ha dicho que la ley puede válidamente reglamentar un derecho sustituyéndolo por una indemnización.

⁴⁷ GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo -La defensa del usuario y del Administrado* 1ª Edición Colombiana Bogotá Dike, 1998 p. XVII-42

⁴⁸ *Ibid* p XVII 43 y 44

⁴⁹ “El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es aquel del enriquecimiento sin causa y dos condiciones serán exigidas para que el daño dé lugar a reparación: 1) será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento administrativo 2) será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa, y lo será cuando resulte del ejercicio por la administración de un derecho exorbitante al derecho común, por ejemplo el derecho de expropiación, el derecho de los trabajos públicos, el derecho de legislación, etcétera (Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921, 10a ed. p 382)

zación, lo cual en verdad quiere decir que la lesión del derecho efectuada por la ley quedará purgada, no con la declaración de inconstitucionalidad de la misma, sino con la reparación pecuniaria del agravio. Continúa la Corte diciendo que partiendo del principio de que los derechos no son absolutos sino relativos, la tutela de los mismos por la justicia no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existentes y que puede admitirse la constitucionalidad de la ley si deja a salvo la reparación indirecta del agravio jurídico.⁵⁰

Finalmente, continuando con la tesis de Gordillo, este acepta la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales. Según él, existe responsabilidad por acto legislativo porque una ley inconstitucional será también violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo caso su cumplimiento genera de todos modos responsabilidad internacional. El antiguo principio de que *no puede haber derecho legal contra la autoridad que hace las leyes de que el derecho depende no resulta de aplicación cuando el legislador está a su vez bajo un orden jurídico que no puede modificar ni desobedecer: (...) por ello, si dictara una ley inconstitucional o contraria al derecho externo y con ello ocasionara un daño, no hay duda que éste constituirá un daño jurídico necesariamente indemnizable.*⁵¹

Como podemos observar no cabe duda que existen casos en que el legislador, al ejercer sus funciones específicas, ocasiona serios daños a los particulares, como lo sucedido en Uruguay en 1931 a raíz de la expedición de la ley 9764 de ese año por la cual se impuso un monopolio de la actividad petrolera, o como sucedió en Alemania al prohibirse la utilización del fósforo blanco en la fabricación de cerillas, o en Italia que se estableció el monopolio de seguros, o en Francia al prohibirse el albayalde como materia prima para la elaboración de pintura.⁵²

Otro tratadista argentino al que es importante referirnos es Héctor Jorge Escola, quien reitera que la evolución de la irresponsabilidad a la responsabilidad del legislador se ha concretado, finalmente, en el hecho de que la mayor parte de la doctrina se ha volcado a reconocer, al menos teóricamente, que el Estado puede ser responsabilizado extra-contractualmente por los perjuicios que sufran los administrados, por actos legislativos que hayan sido sancionados.

⁵⁰ GORDILLO, Agustín. *Op.cit.* p. xvii-44.

⁵¹ GORDILLO, Agustín. *Op. cit.* p. xvii-47.

⁵² *Revista La Ley*. Buenos Aires, Ed. Atrea. Noviembre de 1975. p. 23.

Agrega además, que dentro de esa corriente no se distingue si la ley en cuestión es o no constitucionalmente válida, aunque es innegable que cuando la ley carece de esa validez, la responsabilidad estatal surge como más clara y evidente. Tampoco se diferencia si el acto legal es una ley formal o una ley material, ya que a los fines de sus efectos, ambas categorías están equiparadas.

Aunque con mayores limitaciones, algunos autores reconocen que la responsabilidad del Estado, en este campo, también puede resultar de una reforma constitucional –quedando excluido, en cambio, el acto originario por el cual se establece la primera Constitución, luego modificada–, puesto que la reforma constitucional no puede privar a los habitantes del país de derechos esenciales que les habían sido reconocidos originariamente, debiendo el Estado asumir la responsabilidad de compensar, si así ocurriera, los perjuicios ocasionados (Marienhoff).

El fundamento de esta responsabilidad por actos legislativos, es el mismo reconocido en el párrafo 406, respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado en general, por lo que resulta innecesario reiterarlo, remitiéndonos, en consecuencia, a lo allí expuesto.⁵³

5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN COLOMBIA

En este capítulo final, pretendemos analizar con detenimiento las implicaciones y consecuencias de aceptar la responsabilidad estatal por parte del legislador. En los anteriores capítulos hemos establecido el marco conceptual de nuestro tema, conformando de esta manera, las bases sólidas para lograr el objetivo de esta monografía, que es el de impulsar y concientizar la verdadera responsabilidad que asumen nuestros legisladores como representantes directos del pueblo.

5.1. *La Irresponsabilidad como Regla General.*

Si en la doctrina y jurisprudencia extranjeras se ha ocasionado cierta resistencia para aceptar la responsabilidad del legislador, con mayor recelo se ha percibido en Colombia; a pesar de la evolución de nuestra jurisprudencia, es cierto que estamos sujetos a la influencia doctrinaria externa, sin que tomemos una posición de vanguardia.

⁵³ ESCOLA, Héctor Jorge *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen II. Buenos Aires. Ed. De Palma, 1984 p 11, 35/37.

Pues bien, en Colombia existía la tendencia, acorde con los demás países, de sostener abiertamente la irresponsabilidad del legislador. Se considera la ley como el acto superior mediante el cual se expresa el poder en el marco del funcionamiento estatal.

La Doctrina Colombiana en su mayoría no aceptaba esta tesis y por el contrario, advertía que sería inconcebible que los ciudadanos pudieran reclamar perjuicios por la expedición de una ley; el sacrificio causado por las leyes era absolutamente impersonal y cualquier carga o limitación a los derechos constituía uno de los deberes que era necesario asumir, por el hecho de ser nacionales colombianos.

No obstante lo anterior, en vigencia de la constitución de 1886, se sostenía que existía responsabilidad del legislador cuando se afectaba el derecho a la propiedad privada a través de la expropiación⁵⁴ o cuando se establecían monopolios como arbitrio rentístico.⁵⁵

Pero, ¿realmente estos artículos constituían responsabilidad del legislador?. Consideramos en el caso de la expropiación, que no necesariamente se regulaba la responsabilidad del legislador; por el contrario, simplemente se estaban contemplando los efectos de la función social de la propiedad,⁵⁶ indicando de esta forma que el derecho a la propiedad no era absoluto y debía ceder ante los requerimientos del interés general.

Sí se tratase de una responsabilidad estatal, no podría el legislador abstenerse de indemnizar por motivos de equidad; adicionalmente, opinamos que el daño que sufra una persona al ser expropiada, difícilmente sería imputable al legislador.

Tampoco podemos aceptar que el legislador era responsable por definir los motivos de utilidad pública o de interés social; la actuación del

⁵⁴ *Artículo 30* “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivo de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa (...)” Constitución Política de Colombia

⁵⁵ *Artículo 31*: “Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley. ()” Constitución Política de Colombia.

⁵⁶ “El inciso 2º del artículo 30 de la Constitución expresaba que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”, es decir, que su existencia y extensión dependen de lo que la sociedad le exija al propietario para que no sólo le sea útil a éste sino también, y principalmente, a la comunidad” (PÉREZ ESCOBAR, Jacobo *Derecho Constitucional Colombiano*, 4ª ed. Bogotá. Ed. El Profesional, 1987. p. 268.)

legislador en este caso, no era autónoma, simplemente cumplía con lo regulado por la Constitución, es decir, materializaba la intención del constituyente de indemnizar a los expropiados.

En el segundo caso planteado, observamos la misma situación analizada anteriormente, respecto a la imposición que hizo el Constituyente de prever una indemnización cuando la ley aprobara el establecimiento de un monopolio. El legislador cumpliendo con el texto constitucional debía autorizar la indemnización a las personas que se vieran afectadas por la imposición del mismo; no se trataba de la responsabilidad del legislador sino más bien de la responsabilidad del constituyente, que con el fin de regular la economía, afectaba el sustento económico lícito de familias y tratándose de derechos fundamentales no le quedaba otra alternativa que garantizar una compensación por esta privación a la libre empresa.

En consecuencia e independientemente de los casos analizados a la luz de la Constitución de 1886 –que actualmente están consagrados en la Constitución de 1991– podemos afirmar que en la práctica, no se presentan casos concretos que generen la responsabilidad del Estado-Legislador como regla general.

Pero, ¿cuáles son los argumentos que impiden desarrollar la teoría de la responsabilidad del legislador?

Desde la época en que se empezó a discutir la existencia o no de la responsabilidad del Estado, ha salido en contraposición, el concepto de soberanía⁵⁷ y que la ley es en sí misma, es un acto de soberanía.⁵⁸

Siendo la ley la manifestación de la voluntad del poder legislativo del Estado, no es permitido aceptar la idea del voluntarismo en un Estado de derecho; la opinión que la ley es ante todo la expresión de la voluntad del pueblo soberano abre la puerta para toda clase de arbitrariedades. Y precisamente, para frenar esas arbitrariedades se ha revaluado el concepto de soberanía y hoy el legislador está sometido a la Constitución y sus actos (leyes) al control jurisdiccional.

Por otra parte, debemos llamar la atención sobre el hecho de que la soberanía no radica ni en la rama legislativa, ni en la ejecutiva, ni en la

⁵⁷ “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república (. . .) Es necesario definir la soberanía, porque, pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún jurista ni filósofo político la ha definido todavía. Habiendo dicho que la república es un recto gobierno de varias familias y de lo que le es común, como poder soberano, es preciso ahora aclarar lo que significa poder soberano. La soberanía no es limitada ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. (Jean Bodino citado por Eduardo ROZO ACUÑA en *Conceptos políticos fundamentales*. Bogotá, Ed. Rosaristas 1974, pp. 194-195)

⁵⁸ Artículo 4º del Código Civil Colombiano

jurisdiccional, radica en el pueblo, por consiguiente, el legislador está sometido a la Constitución y debe responder por sus actuaciones ante el pueblo. Adicionalmente, debemos recordar que el poder es único y se manifiesta a través de las tres ramas del poder público, las cuales deben colaborar armónicamente para la realización de los fines estatales (Artículo 113 C.P.).

Al estructurarse un régimen de responsabilidad que reconoce la reparación de los perjuicios ocasionados por la actuación del ejecutivo, no hay razón para oponerse al reconocimiento de la responsabilidad por parte del legislador, si el impedimento es la soberanía.

De esta forma, el concepto de soberanía deja de ser un obstáculo,⁵⁹ convirtiéndose en el mejor apoyo para imputarle al legislador, no sólo responsabilidad política sino también responsabilidad patrimonial.

Además del concepto de soberanía, la doctrina ha venido sosteniendo como contraposición a la responsabilidad del legislador, que las leyes modifican o extinguen derechos reconocidos anteriormente, pero que nunca violan derechos preexistentes porque tales derechos han dejado de existir o de ser como eran, desde la expedición de la nueva ley que los extingue o modifica. A diferencia del juez y del administrador, el legislador no está por debajo de la ley y obligado como consecuencia, a acatar sus preceptos, sino por el contrario está por encima de la ley.

Paralelamente, respecto al tema de la soberanía, la doctrina ha venido revaluando la teoría que sostenía que los actos políticos eran ajenos al control jurisdiccional. La distinción entre acto administrativo y acto político o de gobierno, es una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, puesto que no existe soporte jurídico alguno que permita hacer dicha diferenciación, a lo sumo permitiría concluir que los actos políticos o de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos y no quedan excluidos del control jurisdiccional.⁶⁰

⁵⁹ "Dada la acción profunda que el Estado ejerce en la formación y la aplicación del Derecho, someterle a la observancia de las normas jurídicas no ha sido cosa fácil. El Estado es, primordialmente, un poder, y todo poder siente la tentación de no soportar ninguna traba. El hecho de que el Estado esté representado en su actuación por hombres frecuentemente arrastrados a un exceso de poder que encarnan, no facilita las cosas (...). La afirmación de la soberanía del Estado en el siglo XIV hizo todavía más pronunciada esta pendiente (...). En el momento actual, el Estado está limitado, en el conjunto de su actividad, por el Derecho, pero hay que reconocer que se trata de una limitación consentida por el Estado y, en cierta forma, querida por él, es decir, de una autolimitación. (HAURIU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Madrid, 2a. ed. Ed. Ariel, 1980. p. 180 y 181).

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de noviembre de 1984. Magistrado Ponente: Luis Carlos SÁCHICA

Actualmente, podemos sostener que la ley, antes de ser omnipotente para modificar o extinguir derechos, debe someterse no sólo a los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales sino también a normas supranacionales⁶¹ que protegen igualmente los derechos individuales.

Y es precisamente la Constitución, que en su preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 5º reconoce y garantiza los derechos inalienables de las personas quedando salvaguardados ante una posible afectación por parte del legislador. Asimismo no podemos olvidar el carácter irretroactivo de la ley, según el cual las situaciones jurídicas consolidadas son inmodificables por leyes posteriores, las cuales pueden sólo tener efecto hacia el futuro.⁶² De esta forma, los derechos ya estructurados bajo el régimen legal anterior son irreversibles, por lo cual no pueden modificarse o desconocerse, sin que intervenga una retribución o compensación (Artículos 58 y 336 CP).

Por último, se ha sostenido que el carácter general de la ley imposibilita la responsabilidad del legislador en el evento que afecte situaciones jurídicas particulares de las personas en razón a que la ley es de aplicación general y debe beneficiar o perjudicar a todos por igual.

Si bien es cierto que la ley conlleva efectos generales, también lo es, que en ciertas materias su reglamentación está encaminada a regular o favorecer una parte de la sociedad determinada o a una actividad específica.

La abstracción de la norma no significa que los efectos sean iguales para todas las personas; simplemente, la ley será obligatoria para las personas que estén en la situación fáctica contemplada, asumiendo las consecuencias jurídicas previstas en la premisa normativa.

La generalidad de la ley deja de ser un principio absoluto cuando se llega a su aplicación, dando paso a los sistemas de interpretación. Estos sistemas de interpretación no deben limitarse a la aplicación directa de la ley sino que deben buscar el significado y la finalidad de la misma dentro del marco constitucional.⁶³

⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁶² Entiéndase consolidados los derechos cuando estos son incorporados al patrimonio en forma definitiva bajo la vigencia de una ley y con las modalidades y requisitos previstos en ella, cuando las situaciones jurídicas no se encuentran consolidadas al momento de la expedición de la ley, no constituyen derechos sino simplemente "meras expectativas"

⁶³ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica* 5ª ed. Bogota. Ed. El Profesional, 1992 p 86.

5.2. Responsabilidad del Estado Legislador

Sin ser la única expresión del Derecho, es indudable que la ley constituye una de sus principales manifestaciones y entre los fines estatales esta el fin jurídico de constituir el derecho y asegurar su protección. De este fin jurídico depende correlativamente la existencia misma del Estado y por ende, la realización de otros fines generales o de interés social.

La solidez del poder es el respeto y efectividad de la legalidad, en cuya virtud, los ciudadanos cumplen las órdenes del legislador y éste por su parte, garantiza la ejecución de los mandatos de la ley a pesar de vulnerar intereses de los particulares.

El Estado, independientemente de la rama u órgano por medio del cual manifiesta su voluntad, debe obrar siempre de acuerdo con el derecho establecido, pero como no se puede ocultar que él suele apartarse de las reglas de derecho y de la ley; cuando esto sucede, comete una arbitrariedad.

El legislador no incurre en una arbitrariedad cuando crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en cumplimiento de sus funciones naturales, fundamentado en principios nuevos y distintos a los establecidos con anterioridad; en este sentido el poder del legislador es omnipotente pero en cuanto a su actuación funcional. Sin embargo, como lo hemos expresado anteriormente, no conserva esa omnipotencia frente a la Constitución a pesar de que sus actos "inconstitucionales" tengan presunción de constitucionalidad hasta que no sea revisada por la Corte Constitucional.

Por principio, aun la potestad legislativa que, como tal, no reconoce límites legales, puede tenerlos jurídica, histórica y moralmente, pues el legislador tiene ante sí unos principios de derecho vivo, un orden de cosas susceptibles de variar, unas necesidades sociales que debe satisfacer y unos conflictos de intereses que debe resolver.⁶⁴

La Regla general es que el Estado debe reparar el daño causado si éste afecta en manera diferencial al damnificado; la carga que asume el Estado es la de garantizar la efectividad de los derechos, aún, cuando él sea, el propio transgresor.

Nuestra Constitución establece unos fines y objetivos que deben lograrse mediante la actividad estatal; no puede convertirse la Constitución Política en letra muerta y quedar sembrada en el principio

⁶⁴ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo V. 6a. ed. Buenos Aires: Ed. La ley, 1980 p. 25

de supremacía. Debe materializar dicha concepción y buscar la efectividad de sus presupuestos. La interpretación de la Constitución no debe hacerse de manera aislada mediante el viejo y obsoleto sistema literal, en el que cada precepto constitucional manda y ordena en su materia. Por el contrario debe hacerse en una forma sistemática y coherente buscando la integración no sólo entre el articulado sino entre este y los fines y principios constitucionales.

Esta precisión supera cualquier escollo sobre posibles impedimentos prácticos, como la cantidad de demandas y el valor de las mismas, para reconocer la responsabilidad del Estado legislador. Al respecto, solo resta decir que la aceptación de la responsabilidad del Estado legislador no implica que todos estos casos tengan que prosperar, pues será función de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, establecer con claridad los casos que constituyen responsabilidad estatal en cumplimiento de funciones legislativas, así como sucedió con la responsabilidad del Estado por atentados terroristas.

Antes de continuar con nuestra exposición es importante dejar claro que en lo que hace referencia a la responsabilidad no del legislador sino del Constituyente, este caso definitivamente se enmarca dentro de un régimen de irresponsabilidad.⁶⁵

Sobre el particular, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 13 de diciembre de 1995, al resolver desfavorablemente la petición de indemnización por los actos de la Constituyente cuando revocaron el mandato al congreso:

(...)Al trasladar las anteriores precisiones al caso concreto de los Congresistas electos en 1990, se hace necesario concluir que la situación jurídica que para ellos surgió al momento del escrutinio de los votos y que se formalizó con la expedición de la respectiva credencial de Congresista, tenía el efecto futuro de la posibilidad de ejercer el cargo y de recibir el sueldo correspondiente, pero en la medida que se fuera cumpliendo con la representación.

De otro lado, resulta inaceptable que se hubiese ocasionado en la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Dicho postulado es relativo y se aplica sólo a aquellas personas que están en las mismas condiciones jurídicas y fácticas. No puede predicarse ese principio frente a todas las personas que conforman el cuerpo social, porque no todas fueron elegidas en 1990 ni todas ostentaban la investidura de congresistas.

El rompimiento del principio de la igualdad se patentiza cuando se da trato diferente a personas que se encuentran en las mismas condiciones o

⁶⁵ “En este orden de ideas, claro está que nos referimos al poder legislativo en sentido estricto y no al poder constituyente, porque éste no tiene ante sí vaila alguna. Crea las normas supremas (Constitución) sin subordinación a otras” (BIELSA, Rafael *Op cit* p 26).

circunstancias de hecho previstas en el ordenamiento; y, en tales eventos, la persona que resulta afectada con ese trato discriminatorio tendrá derecho al resarcimiento de sus derechos ordinariamente por medio de una indemnización. Por supuesto que estas últimas disquisiciones son sólo en gracia de discusión, como quiera que ellas en puridad de verdad jurídica no son procedentes por razones de incompetencia de esta o de cualquiera otra jurisdicción.

Está claro que el Congresista es un representante de la comunidad, que debe velar por los intereses de todo el pueblo, lo que da a su cargo una naturaleza eminentemente política, por lo que las contraprestaciones que adquieren es la posibilidad que le otorgan los electores de que los represente. Pero se dirá, con "mayor precisión" que son los partidos los que ejercen propiamente esa representación a través de sus congresistas que con su aval hayan resultado elegidos en los comicios electorales. Partidos que por consenso aceptaron terminar con la representación que a su nombre ejercían los congresistas elegidos en 1990.

El vacío que sobre el punto anteriormente analizado tenía la Constitución de 1886, fue superado en el ordenamiento de 1991, con la figura de la pérdida de investidura para Senadores, Representantes y Concejales y con la revocatoria del mandato para los agentes administrativos de elección popular, como los Gobernadores y Alcaldes.

5.3 *El Control de los actos del poder constituyente*

Al abordar este aspecto, se hace necesario regresar al concepto de poder constituyente, como fenómeno político que da origen a una Constitución, para definir si los actos así producidos, están sujetos a algún tipo de control jurisdiccional. Sobre el tema, el profesor Pedro de Vega, sostiene:

En razón de lo que acabamos de exponer queda, pues, claro que, para no subvertir la lógica de la organización constitucional democrática, el poder constituyente no puede encerrarse de ningún modo dentro del ordenamiento constitucional. Todos los intentos de organización jurídica del poder constituyente, para lo único que sirven, en el mejor de los casos, es para privar subrepticamente al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u órganos estatales. Por idénticos motivos, *ningún poder constituido puede salir de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias*. Lo que significa que, tan improcedente resulta la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente. (subrayas en el texto).

Con la Asamblea Nacional Constituyente 1990-1991, se dio paso en nuestro país al ejercicio del poder constituyente primario, que como poder soberano que es, es previo e independiente del ordenamiento jurídico anterior. Por ello, en el artículo 59 transitorio se consignó: "La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente *no están sujetos a control jurisdiccional alguno*"(subrayas en el texto).

Fue así como en sentencia de 1° de octubre de 1992, la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, se declaró incompetente para conocer de las demandas contra la nueva Constitución, afirmando:

El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron *la expresión originaria del poder constituyente*, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente (...)(subrayas en el texto).

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

Así las cosas, dilucidado como está, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cualquier otra jurisdicción, no tienen dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el sub-judice. Por tal razón, la Sala se ve relevada en el estudio de si se probaron o no los elementos estructurales de la responsabilidad estatal y en general, de cualquier otro tipo de consideración. (Expediente S-470, C.P. Dr. Diego Younes Moreno).

No obstante lo anterior, queda en gracia de discusión si esta tesis es aplicable también al congreso cuando actúa como constituyente secundario de conformidad con los artículos 374, 375 y 376 de nuestra Constitución Política. Un juicio *a priori* diría que sí, pero debe diferenciarse el carácter *sui generis* de nuestra Asamblea Nacional Constituyente quien derogó la Constitución de 1886 creando un nuevo régimen constitucional. Lo único cierto, es que la evolución de la doctrina y la jurisprudencia –así como hoy estamos exigiendo la aceptación de la responsabilidad del legislador– tendrán que estudiar y decidir si también el constituyente es responsable.

Pero antes de que se dé esta discusión, debemos concretar el desarrollo de nuestro tema; por tal motivo y continuando con el estudio, no podemos aceptar la teoría según la cual, el Congreso al expedir leyes está actuando en ejercicio de la soberanía, y por lo tanto, es

irresponsable. Por el contrario, a los congresistas se les puede imputar responsabilidad, bien sea a título de dolo o de culpa, en caso de comprobárseles participación al expedir leyes inconstitucionales, injustas, o que causen un agravio a los administrados.⁶⁶

Como observamos en el capítulo tercero del presente trabajo y según interpretación de la Corte Constitucional, el artículo 90 establece la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, dando plena autonomía y libertad para estructurarse, como un tema de importancia jurídica en el derecho público. Pero, además de establecer la cláusula general, el artículo mencionado contempla la intención del Constituyente de reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado. Es aquí donde los Tribunales Administrativos deben asumir el papel de jueces del *Estado Social de Derecho*, materializando los derechos inalienables de las personas bajo los principios y finalidades contemplados en nuestra Constitución.

Es precisamente, el *Estado Social de Derecho* –analizado en el primer capítulo–, el que determina el camino a un verdadero “Estado de Derecho” donde no sólo la administración sino las demás ramas del poder público deben asumir una responsabilidad jurídica que asegure a sus gobernados la vida, convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, concretándose en un orden político, económico y social justo.

En el *Estado Social de Derecho* no deben existir poderes ilimitados e irresponsables; existe una regla jurídica que racionaliza el ejercicio del poder. Esta es la esencia misma del pensamiento constitucional, el cual, radica en la construcción de reglas que eviten la existencia de poderes indeterminados y arbitrarios; poderes fuera del derecho.

No es posible, pues, dar cabida a la irresponsabilidad del Estado, incluida la rama legislativa, so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podría jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados.

Por tal motivo, el legislador aunque no está limitado en sentido material por ningún otro poder –ni siquiera por el imperio de la ley– no le es permitido ser arbitrario y pasar por encima de las vidas y derechos

⁶⁶ “Por tanto, si una ley causa un perjuicio general –y no meramente particular–, y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, garantía o Derecho constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional o debe admitirse la responsabilidad del Estado por perjuicio o daño que a raíz de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados” (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. t IV, 4a. ed, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, p. 724).

de las personas, es su obligación que las leyes sean expresión de justicia y equidad.⁶⁷

De esta forma se estructura el Estado garantizador de los derechos; la concepción social del Estado de Derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (Artículo 1. CP), se traduce en la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales, estos se convierten en imperativos que vinculan directamente a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.⁶⁸

Hoy en día, el Juez no debe limitarse a aplicar la ley. El Estado Social de Derecho supera esa etapa y le da al Juez, el poder de atribuir un significado al derecho. En otras palabras, limitar la función judicial a la aplicación mecánica o gramatical de la norma, es algo que no tiene sentido. Y por el contrario, superar el límite formal de la interpretación convierte al Juez en lo que verdaderamente debe ser: expresión de la legitimidad del Estado y desarrollo de su poder.

Sobre el nuevo papel de los jueces cabe resaltar los planteamientos efectuados por el Consejero Uribe Acosta:⁶⁹

(...)2. Hace mucho tiempo que los jueces en la justicia contencioso-administrativo han dejado, con imaginación, buena parte de las tesis jurídicas francesas, con el fin de idear soluciones para una realidad social bien distinta, como la colombiana. Sólo así se ha podido hacer justicia, para que no se predique que tenemos en Colombia en el papel y otra en la realidad, esto es, una Constitución muy moderna, pero unos jueces muy anclados en el pasado, con la filosofía de que el Estado no puede cometer error. La línea de conducta fue trazada hace mucho tiempo por Hauriu cuando predicaba: Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos (sic): Que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio.

⁶⁷ Es importante rescatar en este párrafo las palabras de John Locke en su ensayo sobre el gobierno civil el cual advertía que nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otra persona, nadie puede destruir su propia vida ni arrebatarse a otra persona la vida o las propiedades, el legislador no puede sobrepasar el poder que se le entrega y en su ejercicio llega hasta donde llega el bien público de la sociedad sin poder esclavizar o empobrecer deliberadamente a sus súbditos. La autoridad suprema no puede atribuirse la facultad de gobernar con decretos improvisados y arbitrarios, pues está obligado a dispensar justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas. LOCKE, John *Ensayo sobre el Gobierno Civil* Ed Fondo de Cultura Económica, 1991 p 235, Cap. VII)

⁶⁸ Corte Constitucional (Colombia) Sentencia T-125, de 14 de marzo de 1994 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁹ Consejo de Estado (Colombia) Sección Tercera, 9 de febrero de 1995 Proceso No 9550 Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta

(...) La invitación a hacer un derecho a la medida del país no podrá entenderse nunca como “medida de lo arbitrario”, de lo “injusto”, de lo “violento”, porque cuando se trata de tomar tales medidas no aparecen mensajes muy alentadores. El Juez colombiano, si quiere ser justo, tiene que volar más alto, porque el medio social en que se mueve no es paradigma de las mejores virtudes sociales.

Lo anterior no quiere decir que nuestros tribunales administrativos no hayan asumido su papel, por el contrario y en el caso concreto de la responsabilidad del Estado Legislador han tratado de aceptarla, el problema radica en que no ha existido un caso concreto de responsabilidad y teniendo en cuenta que la justicia de lo contencioso administrativo es rogada no pueden de oficio expresarla.

En este sentido la Dra. María Helena Giraldo en su aclaración de voto a la sentencia del 2 de marzo de 1995 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera,⁷⁰ afirmó:

(...) Siempre que se cause un daño, y el derecho que se lesiona tenga protección jurídica debe repararse; si el llamado “derecho lesionado” no tiene protección jurídica hay correlativa improcedencia de todo resarcimiento; la responsabilidad es la consecuencia de esas relaciones jurídicas; la reparación es una obligación del Estado. En la actualidad, la reparación por el Estado no nace solo, como ya se dijo de su falla, sino también, entre otros, inclusive de su actuar legal; entonces no le corresponde al juez contencioso inmiscuirse en terrenos del análisis si, el acto del legislador es legal o no lo es; el acto legislativo es acto jurídico del Estado que goza de presunción de legalidad; cuando se ha demandado y se resuelve su constitucionalidad, la presunción del acto legislativo se torna en presunción de derecho incontrovertible, no admite discusión; cuando demandado el acto legislativo se resuelve su inconstitucionalidad, los efectos de la sentencia son hacia el futuro; los efectos del acto legislativo causados con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad son legales e indestructibles; las decisiones de inconstitucionalidad no producen efectos *ab initio* –desde el nacimiento del acto– sino *ex-tunc*, es decir, hacia el futuro, no son retroactivos.

(...) VIII. Siendo que la Constitución Nacional actual, de 1991, consagra que “*EL ESTADO RESPONDERA PATRIMONIALMENTE POR LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS QUE LE SEAN IMPUTABLES, CAUSADOS POR LA ACCIÓN O LA OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS*”, puede concluirse, sin discusión alguna, que un derecho con protección jurídica, si se encuentra lesionado por un acto legislativo, *en principio* puede ocasionar responsabilidad patrimonial del Estado. (subrayas, resaltado y mayúsculas en el texto).

Recientemente el Consejo de Estado se pronunció sobre el tema en sentencia del 25 de agosto de 1998, al decidir la presunta

⁷⁰ El tribunal en este caso declaró caduca la acción impetrada. La demanda buscaba declarar responsable al Estado a través del Congreso por los perjuicios ocasionados a raíz de la expedición de la ley 13 de 1986, que ordeno la disolución y liquidación de una sociedad “Mineros del Choco S.A ”

responsabilidad del Estado por el daño ocasionado con la expedición de la ley 6ª de 1972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado aclaró que no es cierto, el criterio según el cual, la responsabilidad por el acto legislativo exija 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 reaparición deviene de la antijuridicidad del daño.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado no aceptó la responsabilidad del legislador sino del Estado, por tratarse la ley 6ª de un acto complejo donde intervinieron todas las ramas del poder público: el ejecutivo al suscribir el tratado, el legislativo al incorporarlo a través de la ley y, la Corte al revisarlo. El Estado al darle privilegio a una persona, 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.⁷¹

De esta forma queda claro que la responsabilidad del Estado legislador es un hecho y no admite discusión, la tarea que queda por desarrollar es la de empezar, con base en la autonomía e independencia del tema de la Responsabilidad del Estado dado por el artículo 90 de nuestra Constitución, a construir e impulsar la tesis según la cual el Estado puede ser responsable patrimonialmente por su actuación legislativa. No nos cabe duda que el Consejo de Estado, más temprano que tarde, sentará jurisprudencia y condenará al Estado por los actos del legislador.

Creemos que el origen de dicha responsabilidad no debe ser la inconstitucionalidad de la ley, pues el soporte actual de toda la teoría de la responsabilidad es el daño. Lo anterior, no quiere decir que cualquier daño deba ser indemnizado; en este sentido, la jurisprudencia ha avanzado y decantado los elementos para configurar la responsabilidad.

Inicialmente, cuando se condene al Estado, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá fundamentarse necesariamente en la

⁷¹ En sentencia del 8 de septiembre de 1998, el Consejo ratificó su posición haciendo la aclaración de que no se trataba de error legislativo. La base para declarar la responsabilidad del Estado fue la tesis de la igualdad ante las cargas públicas.

tesis del daño especial, es decir el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas. Sin embargo, creemos que la responsabilidad del legislador no se puede quedar ahí.

Para nadie es un secreto que nuestro órgano legislativo no ha querido asumir su responsabilidad como guía y sendero del futuro del país, las leyes desafortunadamente no son producto de necesidades sociales, políticas, económicas y culturales; las leyes se expiden de acuerdo a las necesidades del gobierno de turno o a los intereses que representa el congresista de acuerdo al gremio, organización o grupo que lo ayudó a elegir. Estas situaciones no pueden ser ajenas a la tesis de la responsabilidad del Estado legislador.

Nuestro constituyente, en vista del desprestigio del Congreso, intento hacer más responsable al legislador, fue así como se contempló un régimen más drástico de inhabilidades e incompatibilidades y se plasmó la figura de la pérdida de investidura.

En tal sentido debe estructurarse la responsabilidad del legislador así sea meramente en el campo patrimonial. Es que no resulta jurídicamente permisible el sacrificio involuntario de una(s) persona(s), en beneficio de la comunidad sin que se logre la igualdad que resultó alterada. La carga que genera una utilidad colectiva, ha de distribuirse proporcionalmente entre los demás miembros de la comunidad –esto es justicia– para no afectar única y exclusivamente a una o varias personas del mismo grupo. Si esto se predica de las leyes que afectan a un grupo específico ¿por qué no se puede predicar de toda la sociedad?

Cuando el legislador, por su actuación omisiva, no expide las leyes que exige la Constitución y la sociedad, ocasiona un perjuicio a la comunidad y por tanto, debe responder igualmente.

La Corte Constitucional ya se pronunció sobre la omisión del legislador, pero desafortunadamente, el tema se resolvió argumentando la incompetencia de ésta para conocer demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.⁷²

Lo esencial de este fallo para nuestra tesis es el señalamiento de ciertas conductas como omisión legislativa. Sostiene la Corte que el legislador, puede violar los deberes que le impone la Constitución de la siguiente manera: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece ciertos

⁷² Corte Constitucional (Colombia) Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, expediente D-1286. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

grupos, perjudicando a otros y, 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. Añade la Corte que también se puede configurar como omisión 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 predetermine el derecho de defensa.

Según palabras de la Corte, no está contemplada la inconstitucionalidad por omisión, pero esto no es óbice para que se declare la responsabilidad del Estado. Si nuestra Constitución prevé entre otros aspectos, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas, la prevalencia del interés general, la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos y la pérdida de la investidura, no vemos porque no se pueda imputar al legislador responsabilidad, por su omisión o por leyes injustas o equivocadas.

El carácter de injustas o equivocadas de las leyes no genera *per se*, la responsabilidad del Estado legislador; la responsabilidad surge cuando se configura un daño antijurídico y cumple con las condiciones establecidas por la jurisprudencia, caso en el cual, éste debe ser reparado.

El Estado, mientras procure el equilibrio de las cargas, no está haciendo otra cosa que hacer justicia, logrando de ésta forma la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

BIBLIOGRAFÍA:

ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernest y DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986; ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo. *La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia*. Artículo: "La Responsabilidad Objetiva de la Administración Pública en Colombia". Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia, 1986; ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ed. De Palma 1971; ALESSI, Renato. *Instituciones de Derechos Administrativo*. Trad. de la 3^o Ed. Italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Tomo II. Barcelona. Casa Editorial Bosch, 1970; ARCINIEGAS ARCINIEGAS, Antonio José. *Jurisprudencia Administrativa*. Tomo I. Ediciones Rosaristas, Bogotá 1979; ARISTÓTELES. *La Política*. Medellín, Editorial Bedout, 1982; BENOIT, Francis Paul. *El Derecho Administrativo Francés*. Madrid. Editorial Instituto de Estudios Administrativos. 1977; BIELSA, Rafael. *La Ley 1980*. Buenos Aires BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo V. 1980; CASSIN, R. Waline, M. *Les Grandes Arrêtes de la Jurisprudence Administrative*. París. Ed. Sirey, 1974; DE IRRISARI RESTREPO, Antonio. *La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia*. Artículo: "La responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del silencio en Colombia". Bogotá. Ed.

Universidad Externado de Colombia, 1986; DE LAUBODERE, André. *Derecho Activo*. 6ª. Edición. Tomo V, Bogotá; DE LAUBODERE, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis. 1984. p. 119-120 (*Responsabilidad de la función legislativa*); DE MALBERG, Carré. *Teoría General del Estado*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1948; DROMI, José R. *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 1979; DROMI, José R. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*. Bogotá, Ed. Temis, 1982; DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris. Ed. Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. *Les Transformations du Droit Public*, 1921; DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Procedimiento en la Tutela y control Constitucional*. Bogotá. Ed. Del Profesional, 1996; ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 5ª. Edición. Madrid. Ed. Tecnos, 1976; ESCOBAR PÉREZ, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá. Ed. Del Profesional. 1987; ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen II. (*Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actos legislativos*). Ed. De Palma, 1984; FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 18ª. Edición. México. Ed. Porrúa S.A., 1978; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen II. Madrid. Ed. Civitas S.A., 1996; GARCÍA Pelayo, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Ed. Alianza Universidad, 1996; GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Vol. II, Parte General, 9ª Ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1989; GIRALDO ANGEL, Jaime. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Bogotá, Ed. Del Profesional, 1992; GÓMEZ CARDONA, Efraín. *La Responsabilidad del Estado en la Nueva Constitución del 91*. 1ª. ed., Ed. DIKE, 1995; GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo –La Defensa del usuario y del administrado–*. Bogotá. Ed. Dike, 1998; HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. España. Ed. Ariel, 1980; HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris. Ed. Sirey 1921; LATORRE, Angel. *Introducción al Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel S.A., 1987; LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1991; MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo VI. Parte Especial. Buenos Aires. Ediciones Arayú, 1954; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987; MAZEAUD, Henry. Leon, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Volumen II. Parte Segunda. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-Américas; NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá, Ed. Temis, 1991; PENAGOS, Gustavo. *El Daño Antijurídico*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997; ROZO ACUÑA, Eduardo. *Evolución de las ideas políticas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1983; ROZO ACUÑA, Eduardo. *Conceptos Políticos Fundamentales*. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1974; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*. “Revista de Administración Pública No 68”, Madrid (España), 1987; SARRIA EUSTORGIO, Mauricio. *Derecho Administrativo*. 7ª. Ed. Bogotá. Publicaciones CEIDA, 1978; SAYAGUES LASSO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo. Ed. Martín Bianchi Altuna. 1959; SILVA C. Juan. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e Legislativos*. Sao Paulo. Editora Saraiva. 1986; TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad del Estado*. Bogotá, Ed. Temis, 1997; VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Trad. 6ª. Ed. Francesa por Juan Rincón Jurado. Aguilar S.A. Ediciones, 1980; WALINE, Cassin R. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris, Editorial Sirey, 1974.