

Responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador

James Ernesto Rivera Cartagena

Juliana Bautista Alzate



Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

(UNALA)

Medellín, Colombia

2018

Responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador

James Ernesto Rivera Cartagena

Juliana Bautista Alzate



Asesor:

Dr. Richard Alberto Serna Maya

Trabajo de grado para optar el título de Abogados

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

(UNLA)

Medellín, Colombia

2018

“Los colombianos en gran medida no hemos sido usufructuarios del derecho, sino en cierta forma sus víctimas. Talentosos artesanos de la ley, deleitados en el fetichismo de la norma, de espaldas a los hechos, encontramos una enfermiza inclinación a sacrificar la realidad para salvar el inciso. Sacrificar un mundo para pulir un verso, diría el poeta. Mientras tanto, los hechos sociales con su incontenible tozudez, desbordan la eficacia del precepto jurídico” i

i Alberto Hernández Mora. “Qué es democratizar la administración pública”, en Como democratizar el Estado, Bogotá, Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano-PUND, 1990.

Tabla de contenido

Introducción	7
Justificación.....	11
Planteamiento	13
Pregunta.....	16
Objetivos	17
Objetivo general	17
Objetivos específicos.....	17
Metodología	18
Capítulo I.....	19
Responsabilidad patrimonial del Estado legislador	19
Conceptos generales de responsabilidad	19
Responsabilidad patrimonial del Estado.....	22
Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado.....	24
<i>Daño antijurídico</i>	25
<i>La imputación</i>	26

Regímenes de responsabilidad patrimonial del estado.	30
Responsabilidad patrimonial del Estado legislador.....	33
Capítulo II	43
Consideraciones y fundamentos de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia.....	43
Consideraciones iniciales	43
Principios constitucionales que fundamentan la responsabilidad del estado legislador en Colombia	46
La cláusula del Estado Social de Derecho.	48
La supremacía constitucional.....	51
Principio de igualdad.	56
Principio de igualdad ante las cargas públicas.....	58
Principio de la confianza legítima.....	60
Normas constitucionales que fundamentan la responsabilidad del Estado legislador.....	65
La cláusula general de responsabilidad.....	65
Normas que reconocen la generación de un daño y en consecuencia prescriben su reparación.	78
Capítulo III	80

Hechos generadores de responsabilidad en la función legislativa y títulos jurídicos de imputación aplicables.....	80
Responsabilidad por normas constitucionales.....	82
Responsabilidad patrimonial de legislador por normas constitucionales bajo el título de daño especial.....	84
Responsabilidad patrimonial del legislador por normas constitucionales, bajo el título de defraudación al principio de confianza legítima.....	87
Responsabilidad por normas declaradas inexequibles.....	94
Omisión legislativa.....	98
Capítulo IV.....	103
Análisis jurisprudencial de las dos líneas antagónicas en el Consejo de Estado.....	103
Posición jurisprudencial en la que no existe responsabilidad del legislador cuando la sentencia de inexequibilidad tiene efectos ex nunc.....	103
Posición jurisprudencial en la que los efectos del fallo de inexequibilidad no tienen trascendencia en el juicio de responsabilidad.....	113
Conclusiones.....	126
Referencias bibliográficas.....	130
Referencias jurisprudenciales.....	134

Introducción

La responsabilidad patrimonial del Estado ha sufrido grandes transformaciones a través del tiempo evolucionando a la par con el Estado mismo. Partiendo de una irresponsabilidad absoluta frente a los daños ocasionados a los asociados (lo cual era propio de los regímenes monárquicos y absolutistas) se ha llegado a una responsabilidad patrimonial casi total del Estado por los daños que le sean imputables causados por la acción u omisión de la administración pública.

En Colombia, gracias al esfuerzo del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se logró estructurar vía jurisprudencial un sólido y eficaz régimen de responsabilidad del Estado. Esfuerzo que se vio recompensado con la constitucionalización del principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución de 1991, de tal forma que en el artículo 90 nuestro constituyente dispuso que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, los cuales hayan sido causados por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Se infiere que los destinatarios del artículo en mención es el conjunto universal de los órganos del Estado sin excepción alguna; al punto que hay quienes avizoran responsabilidad del propio Constituyente o por qué no responsabilidad derivada por simples cambios de jurisprudencia (Cuesta, 2016).

En ese sentido, a partir del nuevo texto constitucional y en lo que respecta a los daños ocasionados por la administración y la rama judicial, la jurisprudencia y la Ley han seguido desarrollando un complejo y eficaz sistema de responsabilidad del Estado con reglas claras y de tinte garantista a favor de los asociados. Sin embargo sobre la responsabilidad del órgano legislativo poco se ha discutido; con un agravante: en los últimos años a la hora de reclamar en los estrados judiciales el resarcimiento de los daños causados por actuaciones del legislador los fallos no han sido homogéneos pese a la igualdad de los hechos y pretensiones.

Así pues, mientras para unos las normas declaradas inconstitucionales (e incluso las constitucionales) pueden ser generadoras de daños no teniendo porque soportarlos los asociados; para otros, el daño ocasionado a un asociado por una norma inconstitucional debe ser soportado, con el argumento de que independiente de la gravedad del daño infligido, independiente de la evidente contradicción ente la norma lesiva y la Constitución, la norma goza de plena validez y en consecuencia no hay lugar a reparar por quien creó el imperfecto instrumento normativo.

Lo anterior no deja de ser preocupante, pues ello pareciese ser un rezago de la tendencia histórica de que el legislador no puede ser responsable por sus actos en razón a que tanto él como las normas son soberanos. Preocupación a la que debemos agregar la inseguridad jurídica que desencadena la inexistencia de consenso en el máximo tribunal contencioso administrativo en lo referente a la responsabilidad por los daños causados por las normas declaradas inexequibles lo que ha impedido la consolidación de un sistema de responsabilidad coherente.

En este orden de ideas surge el interrogante: ¿En Colombia si es en realidad posible derivar responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos del legislador en particular por las normas declaradas inexequibles?

En atención a dicho interrogante, el objetivo de este trabajo fue entonces establecer si en Colombia es posible derivar responsabilidad patrimonial por los hechos del legislador que causan daños a los asociados, en especial por la expedición de normas declaradas posteriormente inexequibles que son las que presentan mayor controversia

Para lograr este cometido, se utilizó un tipo de investigación cualitativa con un enfoque hermenéutico que permitió establecer, que del cuerpo mismo de la Constitución y de su fuerza normativa es posible imputar responsabilidad patrimonial al legislador, apoyados en la interpretación constitucional y legal, labor que fue complementada con un análisis jurisprudencial dando especial visibilidad a las sentencias o fallos más relevantes que en dicha materia se han emitido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En este sentido se destaca la revisión de las sentencias C-333/1996, C-038/06 de la Corte Constitucional y Exp 28741 de 2014 , Exp 22637 de 2015 del Consejo de Estado; en estas últimas providencias se observan dos líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado como fuente de derecho que permitieron identificar las diferentes posturas de este máximo órgano siendo un valioso soporte jurídico que fundamenta la investigación para comprender las posiciones imperantes en torno a la responsabilidad del Estado Legislador.

De tal manera, para presentar los hallazgos de la indagación realizada respecto al tema de estudio, en un primer capítulo se abordan los conceptos básicos de responsabilidad jurídica y de responsabilidad del Estado con sus elementos generales para poder de allí obtener una visión de la significación de responsabilidad legislativa, su nacimiento y evolución en el derecho francés y el estado actual en Colombia.

En el segundo capítulo se analizan los fundamentos constitucionales a partir de los que se puede inferir responsabilidad del legislador en el derecho colombiano; de tal manera que se abordarán los principios y normas de rango constitucional que consagra nuestra Carta Política al respecto.

Una vez establecido los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del legislador en Colombia, en el capítulo tercero se exponen los hechos generadores de responsabilidad del Estado legislador y los títulos jurídicos con los que es posible atribuirle responsabilidad.

Posteriormente en el capítulo cuarto se presenta un análisis de las dos líneas jurisprudenciales imperantes en el Consejo de Estado mostrando en cada una de ellas los argumentos jurídicos que sustentan cada posición estableciendo su correspondencia con los postulados constitucionales. Finalmente en el capítulo cinco se abordan las conclusiones respectivas.

Justificación

Una característica de los estados modernos es la incorporación de garantías para los asociados. Ejemplo de estas garantías son sin lugar a dudas principios como el de la responsabilidad del Estado y de seguridad jurídica. Es así como en un Estado Social y de Derecho como el nuestro resulta inconcebible cualquier tipo de irresponsabilidad pues ello es contrario a valores como la justicia y la equidad. A su turno, la seguridad jurídica emerge como una garantía al debido proceso y más en Colombia donde el precedente judicial hace parte del ordenamiento jurídico. Saber qué norma va ser aplicable a la solución de un conflicto en particular o en su defecto qué precedente judicial puede aplicar un juez en determinado momento más que una garantía es un derecho de quien acude a las instancias judiciales.

Contrario a lo enunciado, en nuestro medio en lo que respecta al ámbito de la responsabilidad del Estado viene sucediendo un fenómeno no deseado en lo concerniente a la actividad legislativa. Ha ocurrido en los últimos años, que a la hora de reclamar en los estrados judiciales el resarcimiento de los daños causados por actuaciones del legislador los fallos no han sido homogéneos pese a la igualdad de los hechos y pretensiones.

Mientras una línea jurisprudencial aboga por responsabilizar al legislador cuando cause un daño con una norma exequible o inexecutable; otra línea jurisprudencial sostiene lo contrario, aduciendo que los daños ocasionados por una norma inconstitucional debe ser soportados por los asociados con el argumento de que independiente de la gravedad del daño infligido, independiente de la contradicción entre la norma y la Constitución, la norma goza de plena validez y en consecuencia no hay lugar a reparar por quien creó el dañino instrumento normativo.

La indecisión del máximo tribunal contencioso administrativo de declarar a veces y en otras no la responsabilidad del Estado legislador, ha conllevado a un indeseable estado de inseguridad jurídica, que repercute en los intereses de los asociados que están sometidos a la incertidumbre de no saber a qué atenerse cuando sienten que le fueron conculcados sus derechos, por un actuar lícito o ilícito del legislador

Así las cosas, se hace necesario una revisión normativa, doctrinal y jurisprudencial sobre la situación actual de la responsabilidad del Estado Legislador para determinar en qué circunstancias concretas es factible imputar responsabilidad patrimonial al legislativo, sobre todo en lo que respecta a las normas inconstitucionales que son las que presentan mayor controversia.

En concreto, resulta importante analizar si del cuerpo normativo de la Constitución es posible derivar responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, lo que contribuirá sin lugar a dudas a dar claridad sobre las dos posiciones antagónicas del Consejo de Estado a la vez que paralelamente se mostrará la necesidad de una unificación jurisprudencial inmediata. Unificación jurisprudencial que deberá acompasarse con los criterios de responsabilidad que se exigen de las autoridades públicas en nuestro Estado Social y de Derecho.

Planteamiento

Con el devenir del tiempo el paradigma de la irresponsabilidad del Estado que imperaba en las monarquías y en los estados absolutistas fue superándose de manera paulatina. Es así como en la actualidad se propugna por una responsabilidad patrimonial casi total por los daños que puedan causar las autoridades públicas en cada una de sus actuaciones.

En Colombia, en sintonía con las filosofías propias de los estados modernos cuyos derroteros están marcados por el influjo de la concepción de un Estado Social y de Derecho, se elevó a rango constitucional el principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado; de tal forma que el artículo 90 de nuestra Constitución Política, dispuso que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, los cuales hayan sido causados por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Del precepto normativo en cuestión queda claro que sus destinatarios es el conjunto universal de los órganos del Estado sin excepción alguna. De tal modo que cada uno de los poderes que componen la estructura de nuestro Estado no escapan de tal imperativo. Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad por los daños causados con la actividad del legislador, las cosas no están completamente claras.

Efectivamente, en Colombia se sigue dudando en ciertos eventos de endilgar responsabilidad al legislador por los daños que pueda causar a los asociados aduciendo que la norma por naturaleza está amparada por una presunción de validez; desconociendo así que el legislador no es soberano y a que la cláusula del artículo 90 de nuestra C.P condiciona la

responsabilidad a la ocurrencia únicamente de un daño antijurídico (independiente de la entidad del Estado que lo haya generado e independiente de si dicha entidad actuó lícita o ilícitamente)

Así pues, mientras para doctrinantes cómo Luis Felipe Botero Aristizabal y un sector del Consejo de Estado (cuya cabeza visible era el consejero de Estado Enrique Gil Botero -hoy ministro de justicia-), las normas inconstitucionales o constitucionales pueden ser generadoras de daños no teniendo porque soportarlos los asociados. Para otro sector (encabezado por el doctor Alberto Santofimio Gamboa), el daño ocasionado a un asociado por una norma inconstitucional debe ser soportado, con el argumento de que independiente de la gravedad del daño infligido, independiente de la grosera contradicción entre la norma dañina y la Constitución, la norma goza de plena validez y en consecuencia no hay lugar a reparar.

La página de relatoría del Consejo de Estado evidencia que entre el año 2013 y 2016 se fallaron de manera disímil múltiples procesos donde la pretensión principal versaba sobre la declaratoria de responsabilidad por el daño irrogado por una norma inconstitucional que ordenó el pago de cierto tributo siendo los supuestos en todos los procesos totalmente iguales. Sentencias como el Exp. 26690 de 2013, Exp. 29355 de 2014 y Exp.29996 de 2016 negaron cualquier tipo de responsabilidad del legislador mientras que sentencias como el Exp. 26689 de 2014, Exp 28741 de 20014 y Exp. 31175 de 2016 lo encontraron responsable.

Lo anteriormente citado, no deja de ser preocupante pues ha generado un estado indeseable de inseguridad jurídica que por ende no ha permitido la consolidación de un sistema de responsabilidad coherente que permita a los asociados saber a qué atenerse cuando sientan que le fueron conculcados sus derechos por un actuar lícito o ilícito del legislador. Y no es para

menos, mientras a unos se le concede el derecho por haberse encontrado los supuestos necesarios para declarar responsable al Estado a otros se les niega argumentándose la ausencia de un daño antijurídico.

En este estado de cosas, resulta necesario establecer si en nuestro ordenamiento existen los elementos normativos suficientes para endilgar responsabilidad al órgano legislativo, o si por el contrario aún no se ha superado por completo la tendencia histórica de que el legislador es soberano y por ende irresponsable en sus actuaciones.

Pregunta

¿En Colombia si es en realidad posible derivar responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos del legislador en particular por las normas declaradas inexequibles

Objetivos

Objetivo general

Establecer, si en nuestro ordenamiento jurídico es posible declarar patrimonialmente responsable al legislador por las actuaciones en el ejercicio de su función normativa; de manera particular en lo que respecta a las normas declaradas inexecutable, a partir de un análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Objetivos específicos

- Determinar, los elementos normativos existentes en nuestro ordenamiento jurídico que permiten atribuir al órgano legislativo responsabilidad por ocasión de sus actuaciones.
- Configurar los hechos en los que incurre el legislador generadores de responsabilidad y las respectivas razones jurídicas a partir de los cuales es posible declararlo responsable patrimonialmente.
- Analizar el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y Consejo de Estado relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador por la expedición de normas executable e inexecutable.

Metodología

Esta investigación fue de cohorte cualitativa ya que por medio de esta se establecieron los alcances que tiene la norma, que permitió comprender el fenómeno desde las disyuntivas generadas en las relaciones jurídicas, que afectan a los ciudadanos, acreedores de determinadas normas. Esto bajo un enfoque hermenéutico que aportan los elementos para interpretar las complejidades derivadas de la concepción de normas que posiblemente soportan una carga para el Estado, en favor de los asociados, al declararse su inexequibilidad.

Por ser una investigación jurídica, se hizo un estudio del sistema de normas, principios, jurisprudencia y doctrina atinentes al tema puntual planteado por lo que necesariamente se exploró como fuente de información la jurisprudencia, la ley y la doctrina referentes a la responsabilidad extracontractual del Estado.

La fase investigativa inició con la discusión y ajustes de la propuesta planteada, luego, se dio paso a la realización de fichas bibliográficas y jurisprudenciales para la recolección de información, una vez listas, se procedió a sistematizar los datos obtenidos, posteriormente, se procedió con la redacción y las conclusiones para construir el documento final y socializarlo.

Capítulo I

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Conceptos generales de responsabilidad

En el derecho existe un principio general según el cual no se debe causar daño a nadie, y en el evento que este se cause la víctima deberá ser reparada y puesta en las mismas condiciones en las que se encontraba. De tal manera, que si del actuar de un sujeto de derecho se genera un daño a un tercero, tal sujeto en principio es responsable de haber desplegado la conducta dañosa y como tal debe indemnizar o reparar el daño infligido (Maraniello, 2015). En el mismo sentido, Fernández (2002) señala:

Quando la actuación referida es causa de una interferencia en la integridad de otro, y de esta intromisión resulta un perjuicio, estamos en presencia de un hecho dañoso, el cual se caracteriza por las secuelas que produce: un menoscabo, una reducción en la persona o en el patrimonio ajeno; aquel que resulta “dañado” por sufrir un perjuicio, podrá exigir, de quien se reputa como responsable, una inmediata satisfacción que recomponga su situación. (p. 1)

Luego, quien causa un daño, asume una consecuencia; nace en él un deber u obligación: reparar. Deber u obligación, como se colige es a título de sanción o de reproche. Profundizando en la anterior idea, Mesa (2009), afirma que:

La obligación de reparar nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, pues los individuos están sometidos a un

orden jurídico, con el doble alcance de observar el deber de cumplir las normas o atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que consiste en este caso en la indemnización de daños y perjuicios. (p. 22)

Sobre la idea de sanción a un comportamiento no debido, que se ha esbozado en las líneas precedentes se han construido las más diversas definiciones de responsabilidad jurídica; así por ejemplo para Correa (2014), “responsabilidad denota la capacidad para dar respuesta, para satisfacer aquello que jurídicamente se demanda. Y lo que se demanda en el campo jurídico es que los sujetos de derecho asuman los comportamientos y las consecuencias que las normas imponen” (p. 28).

A su turno, Mesa (2009) citando a Sanz define responsabilidad como:

Un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad; consecuencia que conlleva, como principio, la obligación de reparar el daño. (p. 20)

De las definiciones traídas en cita, se observa que la sanción al sujeto dañoso, está supeditada a que éste haya infringido una norma. Luego, el deber de reparar no nace por el solo hecho de generarse un daño, sino por la preexistencia de una norma que compele al sujeto de abstenerse de realizar conductas dañinas. Sobre esta condición, Maraniello (2015), afirma:

Para que haya responsabilidad debe haber un antecedente y un consecuente. El antecedente es una obligación, pues a nadie se lo puede hacer responsable de una conducta o de una omisión si no tiene una obligación, mientras que el consecuente es el daño, atento a que si la obligación no ocasiona un daño, desde el plano jurídico es irrelevante. En la misma línea del razonamiento expuesto, decimos que, para que haya responsabilidad, debe darse previamente una obligación legal (Constitución, tratado internacional, etc.) o convencional del Estado, sea esta de hacer o de no hacer. (pp. 745 - 746)

Para nuestro objeto de estudio, esta idea resulta por no decirlo más que trascendental; pues determinando el cimiento normativo preexistente que debe acatar un sujeto, se tendrá el elemento principal para imputarle responsabilidad en caso de que cometa un daño.

Ahora bien, siendo responsabilidad un término equívoco, se puede decir, que independiente de cada particular concepción, “lo que verdaderamente importa, es que la responsabilidad, en cuanto obligación de reparar el daño causado, es uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico” (Saavedra, 2011, p. 28).

Existen diferentes tipos de responsabilidad jurídica, entre las que se cuentan la responsabilidad civil, la responsabilidad penal, la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial del Estado; en lo que precede, se desarrollará someramente ésta última; pues en ella se imbrica la responsabilidad del legislador que es el tema central del presente trabajo.

Responsabilidad patrimonial del Estado

Aunque durante muchos años se sostuvo que el Estado era irresponsable por sus actuaciones, hoy con la evolución del Estado mismo se ha superado ese paradigma y como sujeto de obligaciones que le impone la Constitución, la Ley y los tratados internacionales puede ser responsable en caso de no asumir los comportamientos que en tales normas le son exigidos.

Así pues, hoy en día la responsabilidad se predica de todo sujeto que genere un daño y de ello no es la excepción el Estado mismo, puesto que éste es un sujeto de derechos y obligaciones como cualquier otro. Al respecto refiere Dromi (2015):

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado permite las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual contra él y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de sus funciones de poder. El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho. (p. 330)

En atención a lo anterior, podemos decir que la Responsabilidad del Estado consiste en aquellas consecuencias sancionatorias impuestas a los órganos del Estado cuando por la realización de determinadas conductas en el ejercicio de sus funciones se constate que éstas son contrarias a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (Delgado, 2002). Resulta trascendente entonces, identificar entonces cuál es ese plexo normativo que deben acatar los órganos del Estado para no ser objeto de sanción, o en términos de Pinzón (2014), “encontrar las

circunstancias que justifican la imposición de la responsabilidad jurídica, para nuestro caso administrativa, con el apoyo de la fuerza normativa de la Constitución (p. 9).

La función principal de la responsabilidad patrimonial del Estado es la reparación de los daños que puedan producir los poderes públicos a los asociados. No se puede concebir una responsabilidad patrimonial del Estado que no tenga como objetivo prioritario la compensación de daños. La función compensatoria es una condición necesaria para la existencia material de un Estado Social de Derecho, donde el propio Estado está llamado a salvaguardar los derechos conculcados a los particulares por el actuar de los poderes públicos.

Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, pp. 11-12)

Empero, ésta nos es la única función de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, al lado de la función compensatoria tenemos la función preventiva y la función demarcatoria; la primera busca evitar que las autoridades públicas causen daños y en consecuencia se evite pagar una indemnización y la segunda implica establecer un marco normativo regulatorio sobre las conductas que son y aquellas que no son objeto de sanción. Esta última función es fundamental en todo sistema de responsabilidad patrimonial, pues se encuentra

directamente vinculada al principio de seguridad jurídica, imprescindible para la consolidación de un sistema jurídico justo que atienda a las necesidades y garantías de los ciudadanos.

Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En sus inicios, la doctrina reconocía como elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado: un hecho dañoso, un daño antijurídico y un nexo de causalidad (vínculo entre el hecho dañoso y el daño antijurídico). Sin embargo, con la constitucionalización de la responsabilidad estatal, los elementos de la responsabilidad del Estado han quedado reducidos a un daño antijurídico y la imputación de éste a una autoridad pública. (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996) y así lo ha entendido el Consejo de Estado quien ha manifestado que: “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado” (Exp 10948,1999, pp. 7-8).

En síntesis,

Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública. (Consejo de Estado, Exp 22163, 2012, pp. 32-33)

Daño antijurídico.

En lo que respecta a la responsabilidad del estado, el daño depende de dos elementos. El primero de ellos es la existencia del daño en sí, o sea el menoscabo de un bien vital o de un interés legítimo tutelado a un asociado (por ejemplo el patrimonio, la salud, etc); y el segundo es una valoración jurídica sobre si el individuo debe soportar tal menoscabo.

Lo cual supone que un daño es antijurídico cuando la persona que lo padece no está en la obligación jurídica de soportarlo, es decir mientras no exista una justificación jurídica de tal daño, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta del agente causante del perjuicio (Serrano, 2004, p. 5).

Ha de señalarse que aquello que no está en obligación de soportar el administrado por cuenta de una mala actuación o de una omisión de la administración (e incluso de una actuación lícita) es aquello que resulte “contrario a la Carta Política o a una norma legal, o porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos...” (Brewer-Carias y Santofimio, 2013, p. 170).

Ahora bien, puede resultar que de la valoración jurídica se encuentre que el asociado si tenga que soportar la lesión al bien o al interés jurídico tutelado;

Lo anterior implica que hay daños que son jurídicos, mientras exista una justificación en el ordenamiento que legitime tal daño, como lo serian el pago de impuestos, el prestar el servicio militar, el soportar la privación de la libertad previa condena penal, el ser vinculado a un proceso judicial o administrativo cuando hay lugar a ello, y, en fin, el

cumplimiento de cualquier otra obligación establecida a los asociados en el orden jurídico como una carga pública. (Serrano, 2004, p. 5)

De tal forma que “no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que pueden contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo” (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, pp. 12).

Dado que más adelante se profundizará en el tema, por ahora deberemos decir que “para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, se entiende por daño antijurídico, la lesión que sufre una persona (...) sin título jurídico válido, y que excede al principio de igualdad ante las cargas públicas, que ordinariamente deben soportarse” (Parra, 2003, p. 102).

La imputación.

Una vez verificada la antijuricidad del daño, se deberá hacer una segunda valoración referida a la imputabilidad del daño a quien lo ha causado. Básicamente, la imputación es “un proceso dirigido a establecer a quien se le puede atribuir la lesión o afectación que aquel representa” (Gil, 2013, p.54). El proceso de atribución señalado busca determinar la relación existente entre el daño y el sujeto que le dio origen (valga decir el Estado, prescindiendo de la necesidad de identificar al servidor o agente estatal que pudiere estar involucrado).

Complementando lo anterior, Pinzón (2014) citando a (Enterría & Fernández), advierte que imputación es “un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este” (p. 75).

La imputación como proceso consiste en determinar en primer lugar qué sujeto de derecho es el autor del hecho dañino (imputación material, fáctica u objetiva) teniéndose en cuenta que ello no es suficiente para declararlo responsable puesto que a la par con la existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado y el perjuicio causado debe existir una razón jurídica que permita atribuirle la responsabilidad a aquel (imputación jurídica o subjetiva).

Así pues, en palabras de Gil (2013)

Determinar quién es el obligado a reparar el daño hace referencia a la imputación objetiva, en la medida en que liga el resultado al sujeto, relación que no es necesariamente de adjudicación material y exige una previa capacidad o calidad para esa atribuibilidad. La imputación subjetiva concierne a los factores de atribución, Así la imputación puede entenderse como un juicio empírico valorativo; la imputabilidad deja de ser un supuesto referido a la acción y al daño para constituirse también en fundamento de la obligación, es decir, a que título se impone la responsabilidad y allí encontraríamos los sistemas de atribución, subjetivos (dolo y culpa) y los objetivos. (p. 32)

En suma, el juicio de imputación consta de dos niveles: “1) factico (propio de la relación de causalidad...), y 2) jurídico (esto es, aquel en el que se indaga que deberes normativos, deberes positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente, o existe inactividad respecto de su eficacia)” (Brewer-Carias y Santofimio, 2013, p. 145).

Por tanto, una cosa es determinar cuál es el autor del daño y otra distinto determinar los fundamentos o razones por los cuales se le hará responsable. A esto último, la doctrina lo ha denominado títulos jurídicos de imputación. De tal modo que los títulos jurídicos de imputación determinan la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado:

[...] Al tenor de lo dispuesto por el citado artículo 90 de la Constitución Política, para que surja la aludida responsabilidad administrativa, debe configurarse un daño antijurídico y una imputación. Tales requisitos deben estar plenamente acreditados en el proceso, so pena de ser rechazadas las pretensiones y su reparación.

Adicionalmente, para que el juicio de responsabilidad prospere, las súplicas de la demanda han de encontrar su sustento jurídico en alguno de las motivaciones de imputación bajo los cuales sea posible declarar responsable al ente público. (Exp. 29996, 2016, p. 38)

En síntesis, para que el daño sea imputable al Estado

Debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester,

que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatio juris' además de la imputatio facti". (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, pp. 12)

Teniendo claro cuáles son los elementos que de la responsabilidad patrimonial del Estado, solo resta profundizar en las motivaciones jurídicas a que hace alusión el Consejo de Estado o lo que es lo mismo los denominados títulos jurídicos de imputación.

Títulos jurídicos de imputación.

Un título jurídico de imputación "es una razón jurídica suficiente por lo cual las consecuencias económicas del daño deben ser asumidas por éste y no por la víctima" (Botero; 202, p.111). O lo que es lo mismo, "son las razones por las cuales el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que causa" (Correa, 2012, p. 160). Estas razones, jurídicas en su mayoría son el producto de un esmerado desarrollo jurisprudencial y algunas otras han sido incorporadas por el legislador como es el caso de los títulos de imputación aplicables al régimen judicial mediante la ley 270 de 1996 por la cual se promulgó el estatuto de la Administración de Justicia.

Los títulos jurídicos de imputación, son aplicables dependiendo del régimen de responsabilidad en que se esté en frente.

Regímenes de responsabilidad patrimonial del estado.

Dos regímenes de responsabilidad se han desarrollado por vía jurisprudencial con el fin de atribuirle responsabilidad al Estado en el campo extracontractual. El primero de ellos es el régimen de responsabilidad subjetiva en el cual la falla de la administración es el elemento determinante para obtener la indemnización, y el otro es el de la responsabilidad objetiva, donde la ausencia de falla no exonera de responsabilidad al Estado y por lo tanto, lo que debe demostrarse es la ocurrencia del daño y el nexo causal entre este y la actividad de la administración.

Régimen de responsabilidad subjetiva.

Se caracteriza porque la declaración de responsabilidad patrimonial necesita que el origen del perjuicio constituya una falla del servicio imputable al Estado. Bajo este régimen, la responsabilidad estatal queda comprometida siempre que se presentaren estos elementos:

a) Una falta o falla del servicio o de la Administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la Administración. b) Lo anterior implica que la Administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano. c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc. d) Una relación de causalidad entre la falta o

falla de la Administración y el daño, sin la cual - aún demostrada la falta o falla del servicio-, no habrá lugar a indemnización.

Se colige entonces que en este régimen la razón jurídica para endilgar responsabilidad al Estado es la falla en el servicio.

Falla en el servicio.

La falla del servicio es la razón jurídica para declarar al Estado responsable en el régimen subjetivo; es decir, cuando se presenta una situación fáctica que amerita el estudio pormenorizado y juicioso de la conducta del agente estatal, para determinar que no se compadeció de los deberes y funciones que le competen, y por el contrario, se desvió de los causes legales.

Luego, la falla del servicio como título de imputación, supone la irregularidad, el defecto, la omisión, la arbitrariedad, la ilegalidad o ilicitud de la conducta desplegada por el agente estatal, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado.

Responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva hace referencia a la exclusión del estudio de la culpa en la determinación de la responsabilidad.

Lo anterior, resulta posible puesto que en,

La teoría de la responsabilidad del derecho público en la actualidad se deriva de todo tipo de actos, incluso de meros hechos originados en el actuar administrativo, y no solo de

aquellos actos que han sido declarados ilegales, sino que también cabe un compromiso por los daños que provienen de la actuación lícita. (Gil, 2013, p. 29)

Luego, en éste régimen solo es necesario probar la existencia del daño y el nexo causal con el hecho de la administración, y no le bastará al Estado probar que obró con diligencia y cuidado, puesto que ello resulta insuficiente; sólo se podrá exonerar de responsabilidad demostrando la ocurrencia de una causa extraña.

Para este régimen, la jurisprudencia ha desarrollado diferentes títulos jurídicos de imputación, entre los que se cuenta el daño especial y el riesgo excepcional. Para el objeto de estudio, solo miremos el primero de ellos.

Daño especial.

En este título de imputación objetivo se produce el daño antijurídico con el actuar legítimo de las autoridades, al romperse la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas, es decir, se superan las cargas públicas que debe soportar el asociado con respecto a otros, de una forma anormal y excesiva; así pues, “si el orden jurídico no legitima ese daño como obligatorio, las víctimas de este no tienen por qué soportarlo, porque se rompería el equilibrio de las cargas públicas, imponiendo una carga especial a esta persona en relación con las demás” (Serrano, 2004, p. 5).

Debe entenderse por carga pública, aquellas formas de contribución de los individuos a la supervivencia y al cumplimiento de los fines de la organización política, que pueden representar para aquellos un sacrificio o molestia en su patrimonio o libertad.

Así, suelen ser cargas públicas la limitación de dominio, la expropiación, los tributos, el servicio militar obligatorio, etc. Sin embargo, estas cargas deben distribuirse entre todo el conglomerado social por igual, de manera que no resulten más gravosas para unos que para otros. De tal manera que si el perjuicio sufrido por un particular con ocasión de una actuación administrativa lícita supera el umbral normal de molestias al que está sometida la generalidad del grupo a que pertenece se estaría en frente de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Deberemos precisar además, que el daño sufrido por el asociado debe revestir cierta gravedad y evidente desproporción con respecto a lo que normalmente debe soportar el conglomerado social, es decir debe ser de carácter especial.

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Pese a la referida evolución de los Estados hacia una responsabilidad por sus actuaciones, ésta sólo empezó a predicarse del órgano administrativo. En efecto, durante mucho más tiempo se siguió admitiendo la irresponsabilidad del Estado por daños originados en la función legislativa. Varias fueron las razones que sustentaban dicha irresponsabilidad.

La primera de ellas era la naturaleza soberana de la ley, o lo que es lo mismo considerar que la ley era la más alta manifestación de soberanía; lo cual era una lógica consecuencia del principio de soberanía parlamentaria propio de los Estados liberales (si el parlamento es soberano su producto también). “Según este principio, el Parlamento, como órgano depositario de la soberanía, no podía ocasionar con su actuación daños que debieran ser reparados, pues sus

decisiones eran una expresión del poder supremo del Estado” (Alonso y Leiva, 2011, p. 80). Para resaltar dicha idea Alonso y Leiva (2011) citando a Lafarriere transcriben:

[...] es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la ley (...) De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción. (p. 80)

Esta concepción, fue fortalecida por la inexistencia en aquella época de algún tipo de control sobre la leyes; para entonces, “solo se concebía la posibilidad una responsabilidad por ley contraria a la Constitución pero no existía control constitucional ni órgano competente para dicha tarea, de modo que era inadmisibile la declaratoria de una indemnización” (Ruiz, 2010, p. 166).

Una segunda razón para sostener la irresponsabilidad del estado legislador, lo fue el concepto de que la ley es un precepto general, impersonal y abstracto. Esto bajo el razonamiento de que la generalidad de la norma, impedía la concreción de los perjuicios que de ella se derivaran como de particulares o especiales, únicos perjuicios susceptibles de reparación desde

una teoría de la responsabilidad extracontractual administrativa. Con este argumento, encontramos en nuestro medio, posiciones como la de Gómez (1995) quien niega la existencia de responsabilidad del legislador en estos términos:

La responsabilidad supone que entre la actividad estatal y el patrimonio jurídico de los particulares surja un conflicto. Si lo característico de la legislación es ser general impersonal y abstracta, y el patrimonio jurídico refiere a algo individual y concreto, no es posible que se presente roce, y no habiéndolo ¿Cómo va a surgir responsabilidad?. (p. 132)

Pero así como existían argumentos a favor de la irresponsabilidad, también en la doctrina comenzaron a aparecer voces discordantes; entre las que se encuentra la del reputado profesor francés LEÓN DUGUIT quien en su obra *Traité de droit constitutionnel* es el primero en sentar las bases de la responsabilidad del Estado legislador.

En la referida obra, el maestro LEON DUGUIT se cuestiona: si en los tribunales ya se ha condenado al Estado a pagar indemnizaciones a ciertos estamentos por perjuicios causados por no cumplírsele las indemnizaciones que les habían sido en una norma particular promulgada por el estado francés; ¿será entonces posible pagar indemnización cuando la misma no esté consagrada en la ley?. Para Duguit la respuesta es afirmativa para lo cual argumenta: si la ley trae como consecuencia imponer cargas particulares pesadas a uno o varios individuos, la colectividad debe reparar el perjuicio.

Es claro, como la argumentación de Duiguit giraba en torno a la posible vulneración del legislador del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Pese a los revolucionarios cambios planteados por Duguit y “a pesar de la contundencia de sus argumentos” (Botero, 2012, p. 15), solo hasta el fallo de la Fleurette se vino a dar un giro sustancial en lo que respecta a la responsabilidad del Estado legislador. Este fallo, resulta de trascendental importancia, no sólo porque cambio el panorama de la responsabilidad en Francia, sino que a su vez sirve de sustento para el soporte de la responsabilidad en nuestro país por lo que resulta procedente hacer un breve recuento del mismo:

La empresa La Fleurette se dedicaba a la producción de Granadine, un producto que reemplazaba de manera inofensiva y con estándares de calidad la crema de leche y que era obtenido mezclando leche, aceite de maní y yema de huevo. El Estado francés, y en aras de proteger la producción lechera expidió la ley 29 de junio de 1934 la cual prescribía:

Está prohibido fabricar, promover, poner en venta o vender, importar, exportar o traficar:

1. Bajo la denominación de crema seguida o no de un calificativo o bajo una denominación de fantasía cualquiera, un producto que presente el aspecto de la crema, destinado a los mismos usos, no proveniente en forma exclusiva de la leche, la agregación o adición de materias grasas distintas a ésta, especialmente prohibida.

Como era de esperarse, al no ser Granadine un producto 100% derivado de la leche así su producto no generara un daño a la comunidad, la sociedad la Fleurette tuvo que cerrar y verse

forzada a la quiebra económica. La sociedad, ante la prohibición legal y la ruina económica derivada de la misma demandó al Estado con el objeto de que fueran resarcidos los perjuicios.

El Consejo de Estado francés acogió la pretensión del accionante al considerar que la actividad desarrollada por la sociedad accionante era totalmente lícita, y que del actuar del legislador se le produjo un perjuicio generando una desigualdad entre las cargas públicas, sin encontrar en el contenido de la ley y sus trabajos preparatorios la intención del legislador de someter al actor a alguna carga distinta de las que normalmente está acostumbrado a soportar. Termina argumentando el referido tribunal que las cargas impuestas por la ley es en beneficio de toda la sociedad por lo que deben soportarlas toda la colectividad y no una sola persona.

A partir del fallo de la Fleurette se estructura como principios de la responsabilidad del Estado-Legislador los siguientes: a) Si el legislador se pronuncia de forma clara y precisa sobre la procedencia de la indemnización, el Consejo de Estado debe aplicarla, estándole vedado reconocerla cuando la ley la excluye; b) Ante el silencio legislativo, la procedencia de la demanda de responsabilidad depende de la prueba de la voluntad tácita del legislador cuya carga es del reclamante; c) no cabe indemnización ninguna cuando la ley incide sobre una actividad prohibida, inmoral, ilícita o contraria a la sanidad nacional o el orden público; d) la víctima debe alegar y probar un daño especial y excepcional o anormalmente grave que supere el nivel estándar de los sacrificios impuestos a los ciudadanos por la vida colectiva; e) que el sacrificio no haya sido impuesto en atención a un interés general preeminente –el que justifica, por ejemplo, las medidas de ordenación o intervención económica-.

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

Vemos pues, como el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas es fundamental a la hora de responsabilizar al Estado legislador por el hecho de la Ley. Por lo que ya no es trascendente si la norma es válida o no, si la norma es soberana o no. Fue el comienzo del ocaso del dogma de la ley soberana.

En efecto, la ley como acto de soberanía comenzó a perder fuerza en todos los ordenamientos, incluido el nuestro; puesto que si bien el legislador es una representación del pueblo, su función es garantizar la protección del mismo (dado que el pueblo es la razón de ser del Estado) y su actividad debe estar limitada o sujeta de manera irrestricta a los postulados constitucionales. Así pues, pese a que en nuestro orden político al legislador se le ha dotado de un inmenso poder, “este impresionante poder político del congreso no lo hace soberano, ni a su producto lo posiciona en la cabeza de las fuentes del derecho” (Botero, 2012, p. 149).

En tal medida, en nuestro Estado Social y de Derecho la Constitución es la soberana y el legislador y la ley simples subordinados que encuentran su límite en ella, en sus principios, en los derechos fundamentales; en fin en su fuerza normativa. En esta dirección, nuestro máximo órgano constitucional ha expuesto con firmeza lo siguiente:

La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos - Congreso, ejecutivo y jueces - se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", norma *normarum*. (Corte Constitucional, Sentencia T - 06, 1992, p. 15)

Así expuesto, la doctrina bajo la cual se profesaba en otro tiempo, la soberanía y supremacía del legislador pierde su peso, y, en su lugar, se da paso al poder vinculante supremo de la Constitución, que se instituye en adelante como límite de la actividad legislativa.

Ahora bien, en lo que respecta a la irresponsabilidad de la ley, por ser ésta un precepto de carácter general, impersonal y abstracto; éste argumento pierde validez dada la existencia de leyes de carácter singular, que pueden generar perjuicios especiales a sujetos claramente individualizados. De tal manera que "La profunda transformación del mito de la generalidad, obliga sin duda a replantear muchos de los paradigmas que han servido para construir la irresponsabilidad del Estado legislador" (Botero, Pág. 157).

El replanteamiento al que hace alusión el referido autor, no debe ser sólo sobre las normas en sentido particular; ese replanteamiento también debe hacerse sobre las normas en sentido general, y ello como consecuencia del principio de igualdad entre las cargas públicas previamente estudiado; así pues para Parra (2003)

La generalidad de una ley no es excusa para que si llega a causar un daño, y el daño es antijurídico, no es justo que se deba soportar un perjuicio, porque se rompe la igualdad ante las cargas públicas y por tanto el Estado debe indemnizar. (p. 91)

A pesar de la razonabilidad de los argumentos hasta ahora esgrimidos que fundamentan la responsabilidad del legislador, aun siguen existiendo en nuestro país, elementos que promueven y “patrocinan” su irresponsabilidad. Sobre este aspecto Ruiz (2012) señala: “Al establecimiento de una responsabilidad del legislador por el hecho de las leyes, se han opuesto argumentos como el de la soberanía, porque no se puede limitar la facultad del pueblo soberano a autorregularse; la inviolabilidad del voto del congresista (...), e incluso, la existencia del control constitucional de las leyes" (p. 165).

De tal suerte, que hoy en día no existe un desarrollo normativo que regule la responsabilidad del Estado legislador como si lo existe para el Estado Jurisdiccional en la Ley 270 de 1996 donde se consagraron de manera expresa títulos de imputación como lo son la responsabilidad por error jurisdiccional (art. 67), por privación injusta de la libertad (art. 68) y por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69). En idéntico sentido, es escasa la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado legislador; escasez que contrasta con la abundancia de jurisprudencia en la responsabilidad por los hechos u omisiones de la administración, tema este bastante desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, el órgano legislativo en uso de su “soberanía” no ha promulgado (ni quizás promulgará) una norma que le sea contraria a sus intereses; esto es, una norma que tipifique cuales de sus conductas por el hecho de la ley pueden dar lugar a sanción y por ende

responsabilidad patrimonial. De esta manera, la función demarcatoria de la responsabilidad queda en entredicho por lo que queda esperar de los buenos oficios del aparato judicial para que vía jurisprudencial pueda reconocer tal responsabilidad.

Y acá es donde surge uno de los puntos importantes a discutir en el presente trabajo: la disposición de los jueces para endilgar responsabilidad al legislador. En efecto, es una paradoja el hecho de que uno de los elementos que haya derribado el mito de la soberanía de la ley, como lo fue el control constitucional, hoy en día sea utilizado uno de sus efectos por parte de algunos de nuestros jueces para desconocer la responsabilidad del legislador como veremos más adelante.

Desconocer la responsabilidad del legislador cuando sus actuaciones sean lesivas para el conglomerado social no deja de ser menos que preocupante; máxime si se tiene en cuenta la trascendencia de la función legislativa dentro de nuestro Estado Social y de Derecho.

Debemos recordar, y tal como lo señala el artículo 113 de la C.P que para el cumplimiento de sus funciones la estructura de nuestro Estado está compuesta básicamente por tres (3) órganos que funcionan de manera separada y en plena colaboración armónica: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; además de otros órganos autónomos e independientes de tanta e igual importancia como los tres primeros. Sin embargo por la naturaleza de su función y la trascendencia que tiene su producto (la Ley) sobre los asociados, el órgano legislativo juega un papel trascendente sobre los demás. Por lo que puede afirmarse que “la función legislativa es la más importante de todas las funciones del estado. Mediante ella se establecen las reglas y los principios básicos que deben regir las otras funciones estatales” (Pérez, 2014, p. 482).

Dada entonces la importancia de la función legislativa dentro de un Estado Social y de Derecho, no está por demás esperar y exigir de quienes la ejercen de un producto bien elaborado del que se espera no cause perjuicios a sus destinatarios.

Los asociados eligen a sus representantes confiados en que expedirán leyes acordes con la Constitución y por ende no violatoria de sus derechos. Un actuar legislativo contrario a estas expectativas debe ser objeto de reproche dado que:

[...] la sola atribución constitucional de funciones a autoridades públicas consolida en los particulares la confianza en que dichas funciones se ejercerán adecuadamente, conforme al principio de la buena fe. Por lo anterior, cualquier vulneración de la buena fe en este sentido desembocara en la imputación de responsabilidad en cabeza de la autoridad competente, según el caso. (Viana, 2007, pp. 101 – 102)

De tal forma, que a partir del momento, nuestro esfuerzo se centrará en analizar si existen razones jurídicas validas que lleven a pensar que el legislador es “inmune” por los daños que cause o si por el contrario en nuestro sistema normativo existen elementos suficientes para endilgarle responsabilidad como a cualquiera de los otros órganos que componen el aparato estatal.

Dicho de otro modo, y en concordancia con las definiciones de responsabilidad anteriores abordaremos los soportes constitucionales y jurisprudenciales existentes en nuestro ordenamiento jurídico que nos permitan determinar si el estado legislador es responsable o no por sus actuaciones.

Capítulo II

Consideraciones y fundamentos de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia

Consideraciones iniciales

La Responsabilidad del Estado legislador consiste en aquellas consecuencias sancionatorias impuestas al órgano legislativo por el incumplimiento a los deberes legales que se le han impuesto, que se manifiestan cuando con la expedición de una ley se constate que es contraria a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico o aun siendo legal produzca un efecto negativo a los asociados.

Debemos aclarar, que:

[..] Cuando se habla de responsabilidad por el “hecho del legislador”, no se hace alusión únicamente a la ley en sentido estricto, sino también en sentido material. Es decir, que caben en este escenario no sólo las leyes expedidas por el Congreso, sino también todas aquellas normas que se caracterizan a su vez por ser generales, impersonales y abstractas, como los actos administrativos, decretos - ley, decretos expedidos por el presidente en el marco de facultadas extraordinarias, resoluciones, ordenanzas, entre otros, comoquiera que es de la función reguladora del Estado como tal, de la que puede. (Consejo de Estado, Exp. 28741 de 2014)

Empero, para efectos de éste trabajo sólo se hará referencia a la responsabilidad que puede emanar de la producción normativa del órgano legislativo. De tal modo, que siguiendo la idea

eliminar deberemos determinar cuál es el cimiento normativo preexistente al que se debe ceñir el legislador a la hora de expedir las leyes que permitiría imputarle responsabilidad en caso de que con ellas le cause un daño a los asociados.

Originado en el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no existía una norma expresa, por largo tiempo la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país fue desarrollada vía jurisprudencial utilizando instituciones foráneas; “tratándose de una concepción pretoriana, y en su afán de huirle al derecho civil, la responsabilidad del Estado en Colombia, se nutrió del derecho francés” (Tamayo, 2000, p. 3).

A pesar de que nuestro derecho bebió del derecho galo, en lo que respecta a los avances del fallo de la Fleurette citado en el capítulo anterior nada trasplantó y en consecuencia la irresponsabilidad del legislador siguió presente. De tal modo que “La casi nula participación judicial en la consolidación de la responsabilidad del Estado legislador, con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, determinó la poca relevancia que para el derecho público supuso este tipo de problemas jurídicos” (Botero, 2007, p. 147).

Afortunadamente, con la entrada en vigencia la nueva Carta Política que incorporó una cláusula general de responsabilidad; una serie de principios, y derechos fundamentales con el fin de garantizar la dignidad humana; a la vez que estableció controles constitucionales a la actividad legislativa, se fueron apagando esos focos donde aún brillaba la irresponsabilidad del Estado y en su lugar se ha ido consolidando un completo sistema de responsabilidad. En ese sentido Pérez (1996) expone con firmeza:

La normativación constitucional de valores y principios fundamentales, así como la depuración de los modelos de control de constitucionalidad y con ello, la irreverencia constitucional a los actos del legislador, han conllevado que la doctrina y la jurisprudencia actuales, empiecen a plantearse la posibilidad de la responsabilidad patrimonial por los actos del legislador. (p. 75)

Indudablemente, la consagración de principios constitucionales como el del Estado Social y de Derecho, de igualdad, de primacía de la constitución, buena fe, y la fuerza vinculante del artículo 90 de nuestra carta abre la posibilidad de imputar responsabilidad patrimonial al Estado-legislador cuando con sus actuaciones genere un daño antijurídico a los asociados.

Pese a ello, aún existen señales de que el dogma de la irresponsabilidad del legislador aún no ha sido superado por completo; señales como: (a) la no expedición de una ley que regule de manera específica tal responsabilidad; y (b) la disparidad de criterios a la hora de declarar la responsabilidad del legislador en el caso de las leyes declaradas inexecutable.

De lo que queda por mostrar, que para declarar la responsabilidad del legislador no se requiere norma especial dado que con la fuerza normativa de la Constitución es suficiente y que la existencia del daño antijurídico ocasionado por una actuación abiertamente inconstitucional independiente de cualquier otra consideración da lugar a su reparación.

Principios constitucionales que fundamentan la responsabilidad del estado legislador en Colombia

Como se ha expresado, es la incorporación en la Carta de 1991 de una serie de principios los que han determinado el nuevo derrotero de la responsabilidad en Colombia. De ello da cuenta Gil (2013) cuando afirma que “el Artículo 90 de la Constitución, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, (...), el Estado Social y de Derecho Etc.” (Gil, 2013, p. 20); por tal razón y sin pretender hacer un estudio riguroso sobre principios, lo primero que se hará es mostrar su importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico sobre todo en lo que respecta a su fuerza normativa.

Más allá del alcance interpretativo imputable tradicionalmente a los principios lo cual les restaría un papel protagónico, para Quinche (2014), “los principios serian normas plenas, al igual que las reglas y los fallos judiciales” (p. 39). De modo que, tales postulados “dejaron de ser enunciados secundarios, para actuar como normas jurídicas y, sobre todo, como normas de solución en toda clase de asunto” (p. 39); siendo ello así, es indudable que los “principios constitucionales tienen valor normativo e interpretativo” (Monroy, 2002, p. 46).

De manera que si nuestra Constitución incorporó principios con evidente fuerza normativa que consagran la responsabilidad del Estado, es lógico que tal responsabilidad es exigible en instancias judiciales sin necesidad que se desarrolle una norma de inferior nivel para ello; luego, esta incorporación de principios tiene mayúsculas repercusiones en nuestro derecho. Desde su punto de vista, Valbuena (2008) estima que:

Una de las incidencias que tiene la incorporación de los principios en el texto constitucional consiste, en opinión de CESAR GARCIA NOVOA, en que dicha positivización los transforma en paradigmas y criterios normativos de orden superior, llamados a irradiar todo el ordenamiento jurídico y el proceso de creación y aplicación del derecho, lo cual les otorga una trascendencia práctica indiscutible, al quedar liberados de ese carácter supletorio o subsidiario que antes tenían. Como consecuencia de ello, cualquier conducta que pueda llegar a transgredir un principio consagrado en un mandato superior amerita no solamente un enjuiciamiento de carácter moral, sino una represión jurídica por su “inadecuación constitucional”, siendo posible su invocación directa en sede judicial. Dicho de otra manera, de la simple positivización de los principios en nuestra Carta Magna, emerge su inevitable carácter normativo y su eficacia aplicativa, lo cual se patentiza en la posibilidad de enjuiciar aquellas conductas que sean contrarias a los mandatos que subyacen detrás de cada principio. (p. 191)

En la misma línea, conceptúa Monroy (2002), que “Los principios y valores constitucionales son normas constitucionales que deben ser aplicadas por los jueces y demás operadores jurídicos” (p. 60); esto en razón, de “que todas las normas constitucionales son de aplicación directa y no hay necesidad de una ley para ser aplicadas” (Monroy, 2002, p. 59).

En suma, los principios incorporados en nuestra Constitución *per se* son normas jurídicas de estricto cumplimiento y de aplicación inmediata por lo que a continuación analizaremos los principios y normas jurídicas que irradian la responsabilidad patrimonial del Estado y de las cuales no puede sustraerse el legislador a la hora de cumplir su función creadora de la norma.

La cláusula del Estado Social de Derecho.

La fórmula del artículo 1º de nuestra Carta Política, según la cual Colombia es un Estado Social de Derecho, es de suma importancia y se configura como el principio cardinal que orienta al Estado a cumplir sus fines. Siendo fines esenciales del Estado los que se consagran en el artículo 2º de la Carta Política que son sin más servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución.

Dispone además el inciso segundo del citado artículo 2º una carga a todas las autoridades de la república para garantizar y hacer efectivos los principios, y derechos de los asociados consagrados constitucionalmente; Para complementar lo anterior, el Artículo 6 de la C.P determina que los servidores públicos serán responsables por infligir la Constitución y las Leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Saavedra, 2011).

La cláusula del Estado Social y de Derecho tiene una vinculación directa con el derecho a la dignidad humana; derecho de singular trascendencia en nuestro ordenamiento y que implica que el ser humano es un fin en sí mismo. El hombre es el centro del Estado, y los fines de este último deben estar dirigidos de manera exclusiva a proteger los derechos de los primeros y no al contrario.

En nuestro Estado Social y de Derecho y en virtud de la dignidad humana, los intereses del Estado deben ceder ante los derechos del asociado. Así lo ha reafirmado la Corte Constitucional cuando dice:

La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero además, tal concepto acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico. (Sentencia T-556, 1998, p. 9)

Por lo tanto, “la dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal” (Corte Constitucional, Sentencia T-133, 2006, p. 12).

En palabras de Brewer-Carias y Santofimio (2013),

En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionales reconocidos, y de los derechos humanos. (p. 150)

Para garantizar los fines del Estado que de contera es la propia dignidad humana, la cláusula del Estado Social y de Derecho deriva en obligaciones para todas las autoridades públicas incluido el órgano legislativo; sobre este aspecto la Corte Constitucional ha dicho: “Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones

constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo” (Sentencia C-426, 1992, p.

7). De hecho,

[...] Cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la "vida digna" del ser humano. (Sentencia C-521, 1998, p. 6)

El legislador en consecuencia debe dirigir sus esfuerzos a la protección de los derechos de los ciudadanos y no a menoscabar los mismos so pretexto de salvaguardas los intereses del Estado; de no hacerlo, su función (reflejada en una ley) no estaría acorde a la Constitución y por ende ser objeto de reproche.

Como mecanismo adicional de garantizar los fines del Estado y por ende satisfacer las necesidades de los asociados, en nuestro Estado Social y de Derecho se consolidaron una variedad de garantías para su protección. Dentro de este abanico, “la responsabilidad patrimonial del Estado es una de las garantías constitucionales básicas que tienen los administrados y se erige en pilar fundamental de la estructura de nuestro derecho público (Botero, 2012, p. 90).

Sobre este importante punto nuestro máximo tribunal constitucional ha manifestado:

El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente. (Sentencia C 832, 2001, p. 8)

De todo lo anterior, podemos afirmar sin dudas que el fundamento principal de la responsabilidad del Estado legislador es el principio del Estado Social y de Derecho, pues dentro de éste, aquella se erige como un elemento estructural dejando de ser un simple desarrollo jurisprudencial para pasar a ser un principio constitucional de aplicación directa, de lo que resulta palmario: si al legislador se le asignó la función de crear normas equitativas y justas cuyo único fin es beneficiar al ciudadano fin último del Estado, es claro que si en este intento de manera contraria le causa un daño en consecuencia debe repararlo.

La supremacía constitucional.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la Carta Política es la primera norma jerárquicamente superior a las demás y que impone a todos los operadores jurídicos acatar y aplicar el derecho de la norma constitucional misma.

La supremacía constitucional va más allá de la simple concepción kelseniana de que la Constitución se encuentra en la cumbre de la pirámide normativa. No, “La característica central

del principio de supremacía de la Constitución implica que ésta deja de ser un texto declarativo, ideológico, programático o como una simple proclama, para ser un texto normativo aplicable de modo directo y exigible judicialmente” (Quinche, 2012, p. 60).

Con respecto al tema, Monroy (2002) manifiesta: “es un hecho pacífico en la doctrina reconocerle “fuerza normativa” o valor de norma a la Constitución. Esto hace que la Constitución tenga finalidad directiva e imperativa” (p.46).

Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. (Sentencia C- 415, 2012)

Ese carácter normativo de la Constitución y la fuerza vinculante de la misma que le reconoce la doctrina, encuentra su concreción en el artículo 4º de nuestra Constitución política, conforme al cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones Constitucionales”.

La supremacía constitucional, también se manifiesta en el acatamiento que deben tener las autoridades de los preceptos constitucionales con el fin de lograr los fines del Estado, puesto que

En un Estado constitucional y democrático de derecho, propio de los tiempos modernos, la constitución política como norma fundamental representa el pilar o la base estructural

de todo el sistema, y debe permear no solo las actuaciones de todos los órganos del Estado y de los particulares, sino también la ley misma y las normas de inferior jerarquía que a ellas se encuentran sometidas. Por lo tanto, un Estado constitucional de derecho que no da cumplimiento a sus postulados supremos desconoce con ello su propia esencia y hace caso omiso a sus conceptos fundamentales. (Villota, 2012, p. 460)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

También el concepto de supremacía normativa de la Carta Política es definitorio del Estado Social y constitucional de derecho. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, las autoridades no solo se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, en el ejercicio de sus competencias; también para la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente, ante dichas autoridades pueden los ciudadanos exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales, algunos de los cuales son de “*aplicación inmediata*” -al tenor del artículo 85 constitucional-, merced, precisamente, a su fuerza normativa vinculante. De este modo, la supremacía normativa de las normas constitucionales se erige en un principio clave para la concreción del catálogo de derechos fundamentales y la efectividad de los demás derechos consagrados en la Carta Fundamental. (Sentencia C-415, 2012)

Lo anterior, tiene grandes repercusiones; así, en el caso de los jueces, sus decisiones deben estar basadas conforme a los principios y valores que irradian la Carta Política y en el caso del legislador su actividad no debe ser desmedida o lo que es lo mismo su libertad de configuración tiene límites; límites que encuentra en la Constitución misma junto con su catálogo

de normas, principios y valores. En tal sentido, encontramos el concepto de Bernal (2003), quien señala:

En este aspecto existe una moderación del poder del legislador que implica la sumisión de las normas inferiores a la Norma suprema, y el establecimiento de límites para las competencias legislativas, dirigidos a impedir las disposiciones normativas arbitrarias y el desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales. (Bernal, 2003, p. 35)

Los órganos del Estado están conformados por seres humanos cuyas acciones no son perfectas e infalibles, será factible entonces que dichos órganos en el ejercicio de sus funciones puedan de una o de otra manera contravenir los mandatos constitucionales, “y llevar conductas abiertamente violatorias del texto constitucional. El legislador en concreto, puede incurrir en esta falta cuando expide las leyes o deja de hacerlo” (Villota, 2012, p. 460).

Es preciso que en estos casos la supremacía y poder vinculante de la Constitución se preserve constantemente y para lograrlo, la misma Constitución de 1991 prevé un control de constitucionalidad formal y material de las normas que emite en ejercicio de sus funciones el legislador. La importancia de estos controles, los ilustra Bernal (2003) cuando señala:

En efecto, los métodos del control de constitucionalidad de la ley, son una manifestación de la justicia constitucional y son dirigidos a proteger el ordenamiento jurídico y a someterlo a los principios superiores que corresponden al consenso de los asociados; evitando la transgresión ilimitada del poder legislativo. (p. 27)

El control constitucional, es el mecanismo que garantiza que el poder legislativo y los demás órganos de poder actúen dentro de los lineamientos establecidos por la Carta. Así pues,

En principio, todos los poderes públicos deben velar porque la producción del derecho se ajuste a las reglas formales y contenidos materiales del orden constitucional, del mismo modo que sus actuaciones concretas. Así, los actos del gobierno, la actuación de las autoridades administrativas (...), las mismas decisiones de los jueces y los actos de legislación, se hallan dominados por el principio de supremacía de la Constitución y sujetos a diversos tipos de exámenes de constitucionalidad de los mismos, en unos casos a través de mecanismos de control concreto de la constitucionalidad de las actuaciones públicas -por vía de acción o excepción- y en otros eventos mediante modalidades de control abstracto de los actos legislativos, las leyes y otras normas generales -por vía de acción o por ministerio de la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-415, 2012, p 15)

De lo expuesto, el legislador colombiano no es soberano en tanto no puede ser ajeno a esa supremacía y consecuente poder vinculante de la Constitución. El legislativo debe ajustar el desempeño de sus funciones y de sus actuaciones a la Carta Política, so pena de que la ley sea retirada del ordenamiento y en caso que haya causado un daño consecuentemente se vea obligado a una reparación; pues **“la Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma,** regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. (...) **y no se reconoce como**

derecho si desconoce sus criterios de validez” (Corte Constitucional, Sentencia T-06, 1992, p. 15).

De igual manera, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-038 de 2006, señaló que la responsabilidad patrimonial del legislador, hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho y se fundamenta en valores como la solidaridad y la justicia material y de principios como la igualdad y la supremacía constitucional.

En tal sentido debe entenderse que la supremacía de la constitución y su poder vinculante es la premisa básica para un juicio de responsabilidad patrimonial estatal por el hecho de las leyes.

Principio de igualdad.

El principio de igualdad, es uno de los fundamentos de nuestro Estado Social y de Derecho. “Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos” (Bernal, 2006, p. 257).

Normativamente se encuentra ubicado en el preámbulo de la Constitución, y en, el artículo 13 se sitúa como un derecho fundamental. “Como derecho, la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado o de los particulares (sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos del principio de igualdad” (Bernal, 2006, pp. 257-258). Estos mandatos, están orientados primordialmente a la prohibición de discriminación y a un deber de promoción y protección a cargo del Estado y a favor de los más desfavorecidos (Bernal, 2006).

En nuestra Constitución, la igualdad no está concebida desde el punto de vista sólo formal (igualdad ante la Ley); sino que se orienta también a una igualdad material. Esta igualdad material, es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución, y con ella, no se trata simplemente de declarar que se tiene el derecho de ser igual a los demás, sino más bien a ser efectivo el derecho de ser tratado como los demás Quinche (2012). Esa igualdad material, también se traduce en la erradicación de cualquier diferencia de trato; de existir éstas, deben estar sustentadas constitucionalmente.

La igualdad material promueve el principio de igualdad de oportunidades o de no discriminación; con lo cual se busca un equilibrio entre todas las personas aunque éstas tengan diferencias por situaciones ajenas a su propia condición o fenómenos globales de carácter estructural, tales como la raza, el desempleo, la marginalidad, la falta de escolaridad, discapacidad, religión, género, embarazo, edad, con destino a lograr relaciones sociales armónicas y justas. Así pues, en virtud del principio de igualdad le queda vedado al legislador establecer regulaciones normativas diferentes para supuestos idénticos; so pena de que la norma devenga en inconstitucional.

Incorpora también el artículo 13 en su numeral segundo un mandato de promoción del derecho a la igualdad de manera real y efectivo; mandato mediante el cual, “Las autoridades pueden introducir diferencias de trato, para favorecer la posición de personas o grupos como mujeres, los niños, los indígenas o los afrocolombianos, desde siempre sometidos a discriminación, malos tratos y marginalidad” (Quinche, 2012, p.159).

Por lo cual, el legislador en cumplimiento de ese mandato, debe apuntar a la elaboración de normas que establezcan las denominadas discriminaciones inversas; las cuales parten del reconocimiento de una situación de desigualdad inicial de ciertas personas, para llegar a garantizarles su derecho a la igualdad. De no ser ello así, podría incurrirse en una omisión legislativa. Conducta que podría revertir en una responsabilidad patrimonial por parte del Estado como veremos más adelante.

Principio de igualdad ante las cargas públicas.

Para la existencia del Estado y en correspondencia con los derechos que les otorga a los asociados es entendible que éstos últimos en contraprestación tengan que soportar ciertas cargas para el normal funcionamiento del primero. Así por ejemplo, nuestra Constitución en numeral 9º del artículo 95 estableció que todas las personas deben “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad”; de este mandato constitucional se infiere que todos los asociados deben soportar determinadas cargas con el fin de colaborar con el mantenimiento y desarrollo del Estado, pero con la restricción de que estas se distribuyan equitativamente y de manera justa.

La idea anterior, no es más que el desarrollo del principio a la igualdad pero que en la doctrina se ha llamado el principio de igualdad ante las cargas públicas. De lo que puede decirse que el principio de igualdad de las cargas públicas está subsumido en el principio de igualdad, o por lo menos encuentra en él su soporte normativo.

Básicamente, el principio de igualdad o equilibrio ante las cargas públicas propende porque el Estado en el ejercicio de una actuación legítima que busca el beneficio general, en caso

de causar un daño que no se distribuye equitativamente entre todo el conglomerado social que se beneficia de la misma, debe repararlo para recomponer la desigualdad. Ello significa, que “las cargas requeridas para lograr la satisfacción de los intereses colectivos o comunitarios, no deben recaer sobre uno o más individuos determinados, sino que deben repartirse equitativamente entre todos los integrantes de la colectividad” (Corte Constitucional, Sentencia C-197, 1993, p. 22), so pena de que se genere responsabilidad patrimonial por parte del Estado.

En efecto, “cuando la Administración Pública toma una decisión que, sin ser ilegal (...), rompa la igualdad debida a los ciudadanos ante las cargas públicas debe reparar las consecuencias dañinas en la medida que ha creado un perjuicio anormal y especial” (Paillet, 2001, p. 212). Surge entonces como condición sine qua non de reparación que el daño sea anormal y especial. Anormalidad, que según Paillet (2001), supone que se ha desbordado un cierto umbral de gravedad” (p. 220); luego la anormalidad tiene que ver con la gravedad del daño. Sin embargo, no siempre el daño debe ser medido por su intensidad o gravedad, pues hay daños que sin ser graves implican molestias y estas de por si son anormales (Paillet, 2001).

Con respecto a que el daño debe ser especial; ello hace referencia en principio a poder determinar la persona o cuantificar el grupo de personas que han sido afectadas. Dicha cuantificación no alude estrictamente a una cifra en concreto; puesto que pueden haber daños donde evidentemente se afecte a un grupo poblacional sin que se conozca una cifra exacta del mismo (Saavedra, 2011).

En concordancia con lo antedicho, y en lo que respecta al poder legislativo, Correa (2012) citando a Garrido apunta lo siguiente:

El desarrollo teórico de este principio nos lleva a sostener que cuando la aplicación de una ley genera daños a una serie de personas, lo hace en interés de la globalidad. Así pues, no se comprende por qué habrían de pagar sólo unos pocos ciudadanos por la obtención de un resultado del que todos se benefician. Es lógico, en sintonía con la institución expropiatoria, que este principio desemboque en la obligación de reparar el daño sufrido por unos a favor de los demás. (p. 143)

Como ejemplo claro de leyes que en su aplicación podrían romper el equilibrio de las cargas públicas son aquellas en las cuales se imponen impuestos y también aquella donde se suprimen intempestivamente beneficios tributarios.

Principio de la confianza legítima.

Hay ciertas actuaciones repetitivas de la administración, o de algún modo permisivas con ciertos comportamientos de los asociados que pueden llegar a constituir una situación jurídica a título de un interés legítimo a favor de éstos; en tales casos, es indudable que,

Los administrados confían en que la administración les garantizará la estabilidad de la situación jurídica que previamente ha creado; (...). Dicha estabilidad consiste en evitar cambios intempestivos y abruptos en la situación jurídica preexistente, con los cuales, se pueden generar en contra de los administrados, graves daños y perjuicios patrimoniales. (Viana, 2007, p. 19)

Ahora bien, sin raigambre constitucional expresa, pareciese que el principio de confianza legítima careciera de la fuerza vinculante necesaria para influir en el ámbito de la responsabilidad

aquí tratado. “Sin embargo, la posibilidad de invocar su aplicación, respeto y garantía obedece a la existencia en el ordenamiento jurídico de otras disposiciones que le contienen y fundamentan” (Viana, 2007, p. 107).

En efecto, el principio de confianza legítima está sustentado en varios principios y valores constitucionales como lo son el de la buena fe, el de Estado Social y de Derecho, el de equidad, igualdad y seguridad jurídica. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al decir que este principio “se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4º de la C.P), de respeto al acto propio y buena fe (art. 83 de la C.P)” (Sentencia SU 360, 1999, p. 33). De tal manera, que aun sin tener una consagración expresa “El principio de confianza legítima es un elemento estructural del Estado de Derecho. Su reconocimiento y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional han venido convirtiéndolo en uno de los pilares del derecho público colombiano” (Viana, 2007, p. 19).

Como se ha mencionado, son varios los principios que con su luz le dan vida propia al principio de confianza legítima; de los cuales, por su innegable importancia dentro del tema que nos ocupa desarrollaremos de manera breve dos de ellos: el principio de la buena fe y el principio de seguridad jurídica.

El principio de la buena fe, es un principio general del derecho lo que hace que pueda ser aplicado de manera inevitable; como si fuera poco, el principio de buena fe goza de consagración normativa expresa en nuestra Constitución en el artículo 83, lo que lo hace una norma vinculante de rango superior. “Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades

ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta” (Sentencia T-475, 1992, p. 14).

De lo inmediatamente anterior, la buena fe es un elemento indispensable en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas;

En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico. (Sentencia C-131, 2004, pp. 12-13)

En síntesis, “el principio de buena fe tiene rango constitucional, por tanto es de obligatoria aplicación: su desconocimiento, puede acarrear la producción de un daño que deba ser reparado” (Viana, 2007, p. 103).

Con respecto al principio de seguridad jurídica, podemos decir que es uno de los elementos esenciales del Estado Social y de Derecho; pues con ella se garantiza que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado. De tal modo que la seguridad jurídica, “obra como un límite al poder público” (Viana, 2007, p. 123), al permitirles a las autoridades públicas sólo la aplicación de normas válidas y vigentes; de esta manera, se evita la generación de situaciones de incertidumbre a los asociados.

En ese contexto, la seguridad jurídica supone entonces la aplicación del principio de legalidad y el carácter previsible de las normas jurídicas; la intangibilidad de los derechos adquiridos; la irretroactividad de las leyes y actos administrativos y desfavorables o restrictivos; la certeza de la norma aplicada al caso concreto; la prohibición de introducir cambios sorpresivos en las políticas, criterios e interpretaciones oficiales; la interdicción de la arbitrariedad, y, obviamente, el respeto a la confianza creada en torno al mantenimiento de una situación particular y concreta. (Valbuena, 2008, p. 201)

Vistos a grandes rasgos, los principios de donde proviene, resulta palmario que el principio de confianza legítima, es de tal entidad vinculante que con su aplicación es factible

Brindar protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura

de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado.

(Valbuena, 2008, pp. 152-153)

Además, de las situaciones jurídicas antes planteadas, “La noción de confianza legítima está estrechamente ligada a la preocupación de proteger a los particulares contra aquellas modificaciones normativas, de criterios y de posturas que, aun siendo legales, se tornan jurídicamente inadmisibles en razón de su carácter brutal y sorpresivo” (Valbuena, 2008, p. 153). Le está vedado pues, al legislador hacer “giros” normativos que impliquen un cambio radical a las condiciones anteriormente establecidas; veto,

[...] cuyo objeto consiste en brindar protección a las personas en cuanto estén favorecidas por situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legalidad, realizando así el principio de seguridad jurídica, indispensable para la convivencia, pues si el legislador pudiese cambiar el ordenamiento sin atender a dicho postulado, se generaría en la sociedad una grave incertidumbre y resultaría inoficioso acogerse a las reglas de derecho para alcanzar determinados fines. (Corte Constitucional, Sentencia C – 569, 1993, p. 14)

En todo caso, el legislador deberá abstenerse de introducir cambios normativos que produzcan alteraciones sensibles a situaciones constituidas en una norma anterior; sorprendiendo así al asociado que confiaba legítimamente en la perdurabilidad o estabilidad de la norma alterada.

Normas constitucionales que fundamentan la responsabilidad del Estado legislador

La cláusula general de responsabilidad.

La constitución de 1991 consagró al más alto nivel normativo la responsabilidad del Estado estatuyendo en el inciso primero del artículo 90 lo siguiente: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Mediante ésta cláusula nuestro constituyente concretizó la responsabilidad patrimonial del Estado; axioma sobre el que se funda nuestro Estado Social y de Derecho (Corte Constitucional, C-832 de 2001); de su trascendencia nos da cuenta Brewer-Carias y Santofimio (2013) cuando afirman:

Sustancialmente vinculada a las finalidades propias del Estado social y democrático de derecho, constituye una de las más grandes conquistas del Estado por el derecho, al incorporar al ordenamiento jurídico, no solo el precepto imperativo de responsabilidad de los poderes públicos, sino también la preciada garantía patrimonial del Estado, frente a los daños antijurídicos que le sean imputables. (pp. 131-132)

Bajo esta normativa, la responsabilidad del Estado gira en torno a la ocurrencia de un daño antijurídico;

En tal virtud, en la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita,

pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. (Corte Constitucional, Sentencia C-430, 2000, pp. 11-12)

No interesa en consecuencia, si el Estado actuó ajustado a derecho, lo que interesa es que el daño ha sido causado injustamente. “Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño” (Corte Constitucional, Sentencia C-430, 2000, p. 12). Lo anterior no implica que nuestro sistema de responsabilidad sea totalmente objetivo.

Ahora bien, la importancia del artículo 90 de nuestra Constitución, no radica simplemente en que se haya positivizado la responsabilidad del Estado y que ahora ya no se requiera determinar la culpa de sus agentes; su importancia también radica en que la responsabilidad se haya extendido a todas las autoridades públicas. Al respecto Henao (1996) dice:

La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior, es lógico en la medida en que el artículo 90 de la Constitución se refiere al “Estado” sin que excluya alguna de las ramas que lo componen. Permite pues no solo la responsabilidad del Estado – Administrador, sino la del estado – Legislador y del estado – Juez. (p. 802)

El Estado en el nuevo orden constitucional debe responder por los daños antijurídicos que cause cualquiera de los órganos que lo componen y ello no excluye al órgano legislativo; la Corte Constitucional en este punto es enfática y advierte:

[...] tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes

de *cualquier autoridad pública* (...) De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. (Sentencia C-038, 2006, p. 18)

De tal manera, y como colofón de lo anterior es claro que

En el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole, entre quienes debe incluirse, como no podría ser de otro modo, a las autoridades administrativas en ejercicio de sus potestades normativas. (Consejo de Estado, Exp 24655, 2012, p. 32)

El artículo 90 en cuestión nos señala que el daño antijurídico es uno de los elementos basilares de la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como ya lo habíamos mencionado en el capítulo primero. Por su importancia en el tema desarrollado procederemos a hacer un análisis del

mismo en atención a que consideramos que de su existencia y valoración depende en gran parte la responsabilidad patrimonial del legislador.

El daño antijurídico.

Lo primero sea aclarar que si bien es cierto el daño antijurídico, no es un principio ni una norma Constitucional; “es evidente que el sistema de responsabilidad patrio descansa en el concepto de daño antijurídico” (Correa, 2012, p. 49); así las cosas, consideramos importante incorporarlo dentro de los fundamentos constitucionales.

Como ya hemos señalado, el artículo 90 de nuestra Constitución nos indica que la responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta en la existencia de un daño antijurídico ocasionado a un asociado y que tal daño sea imputable a una autoridad pública. De tal manera que un correcto juicio de responsabilidad patrimonial al Estado comprende en primer lugar “la determinación de la existencia, certeza e individualización (...) de un daño antijurídico” (Brewer-Carias y Santofimio, 2013, p 145), sólo a partir de allí se procede a realizar la respectiva imputación.

Luego, tratándose de responsabilidad del Estado el daño antijurídico tiene la misma importancia que el daño en la responsabilidad civil. Es tanta su importancia, que “el daño antijurídico se convirtió en el fundamento del deber reparatorio del Estado.” (Henaó, 1998, p. 771). De su alcance e interpretación, depende en grado sumo la negación o el reconocimiento de una indemnización; al punto que “La noción de daño antijurídico se convierte así en la clave para

comprender los perjuicios que debe indemnizar el Estado cuando le sean imputables” (Henao, 1998, p. 761);

Del tenor literal del inciso primero del Artículo 90 de la Carta Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”, se desprende sin ningún esfuerzo interpretativo que el Estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables; el problema es que en ningún momento definió que es daño antijurídico.

La indeterminación del concepto de daño antijurídico ha generado a manos del operador jurídico el desconocimiento de la responsabilidad en ciertos eventos; y viceversa, se ha responsabilizado en muchas ocasiones al Estado no habiendo lugar a ello. De este aspecto se queja Tamayo (2000) cuando dice: “la no delimitación de daño jurídico, como contraposición al antijurídico, ha permitido a los tribunales y a los autores acomodar la responsabilidad del Estado allí donde realmente no existe” (p. 32).

Al respecto Brewer-Carias y Santofimio (2013) señalan que la delimitación jurisprudencial del daño antijurídico ha sido incompleto generando confusiones, tales como la de asimilar el rompimiento de las cargas públicas o daño especial con las cargas que el asociado no está obligado a soportar.

El daño antijurídico ha sido tratado por la doctrina desde su concepción en el derecho español y su posterior trasplante en nuestro ordenamiento jurídico como aquel perjuicio que es provocado por el Estado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. En idéntico

sentido, el Consejo de Estado lo ha definido como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar; dejando claro además que el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva antes vistos.

La Corte Constitucional por su parte es partidaria de la definición planteada y no encuentra reparos en ella; al contrario, en una sentencia de constitucionalidad ha señalado:

[...] esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

[...]

Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. (Sentencia C-333, 1996, pp. 11-12)

La clave del juicio de responsabilidad es sin duda determinar la antijuricidad del daño por lo que se debe tener claro en qué consiste la misma. A lo que se debe afirmar que:

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. (Consejo de Estado, Exp 22163, 2012, p. 33)

La reparación del daño en consecuencia, no depende de su sola existencia sino de una calificación jurídica que se haga sobre el mismo; ello implica que ante la existencia de un daño debe determinarse a posteriori si existen razones jurídicas que obliguen al asociado a soportar sus consecuencias o lo que es lo mismo, determinar si existen razones jurídicas que hayan facultado al responsable a causar el daño. No habiendo razones jurídicas ni para soportar ni para infligir el daño, éste se torna en antijurídico. En este sentido el Consejo de Estado ha dicho:

El daño antijurídico (...); requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica. (Expediente 22163, 2012, p. 34)

En principio, es la existencia de una norma jurídica la que determina cuando el asociado debe soportar el daño; pero lo contrario no es correcto. Esto es, la inexistencia de una norma jurídica que obligue a soportar un daño no es criterio para decir que el daño es antijurídico.

Lo anterior debe quedar claro, pues: **primero**, hace parte del imaginario que si no existe una norma (positivizada) que de manera imperativa obligue a soportar un daño entonces el mismo de manera automática deviene en antijurídico. Y **segundo**, se deberá tener presente que no siempre que el Estado esté facultado para “dañar” entonces el daño deviene en jurídico; pues aun existiendo esa facultad, el daño puede resultar antijurídico en razón a que el sistema de responsabilidad que subyace en el artículo 90 de nuestra Carta no es absolutamente objetivo lo que hace que haya que mirar la conducta del agente.

Sobre lo **primero**, deberemos decir que pensar en ese sentido conduce a una ampliación desmedida del régimen de responsabilidad. Bajo este pensamiento, fueron las primeras providencias del Consejo de Estado posteriores a la vigencia de la Constitución de 1991.

Así, en el expediente 6515 de 1991 el Consejo de Estado, en demanda contra la nación presentada por el señor Fabio Ruiz Ospina con el fin de que administrativamente se le declarara responsable de los perjuicios sufridos con ocasión de la falta o culpa en la prestación del servicio público de conservación de carreteras, concretamente representados en las lesiones graves padecidas y por razón de haber caído una piedra sobre el vehículo particular que conducía, el máximo tribunal dijo que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo y que la sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una antijuricidad objetiva.

La sentencia llama la atención, puesto que el Consejo de Estado de las pruebas que obraban en el expediente encontró que la carretera estaba en buen estado y bien señalizada y que

fuera de ello en la parte alta de la montaña existían cultivos por lo que la piedra pudo provenir de uno de ellos; mas sin embargo, le bastó la sola existencia del daño para endilgar responsabilidad al Estado.

Bajo esta misma óptica se han escuchado voces recientes. Así en el año 2014 encontramos una aclaración de voto de una magistrada del Consejo de Estado en el que considera que la existencia material del daño y la inexistencia de una norma que obligue a soportarlo configuran la antijuricidad del mismo. En efecto, tras la muerte de una joven a causa de una enfermedad congénita, sus familiares demandaron la nación para obtener responsabilidad de la misma. Dentro del proceso, se demostró que la muerte era irreversible y que pese a que la joven murió en una entidad del Estado sobre ella se tuvieron todos los cuidados que la profesión médica exige: En consecuencia el Consejo de Estado absolvió a la demandada (como era lo correcto); no obstante en una aclaración de voto la magistrada Olga Valle de la Hoz dice:

[...] sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga. [...]

En el caso concreto, disiento de las afirmaciones efectuadas por el criterio imperante, toda vez que no refleja o traduce de manera efectiva la noción de daño antijurídico. *A contrario sensu*, al señalar que una enfermedad congénita padecida por la menor no configura daño,

es la propia Sala –y no el ordenamiento jurídico– quien le impuso a los demandantes la carga de soportarlo. (Exp 21747, 2014, p. 4)

Nótese como la magistrada disidente, sugiere que como nuestro ordenamiento jurídico carece de una norma que contemple que los familiares de un fallecido por muerte natural tengan que soportar los daños sufridos en consecuencia el daño es antijurídico y es deber entonces del Estado repararlo.

Posiciones totalmente objetivistas de la responsabilidad del Estado como las anteriores, conducirían a que el Estado sea responsable de todos los perjuicios sufridos por los asociados. “Posiciones confusas y sin mayor rigor académico que solo amplían el espectro de la responsabilidad del estado en muchos casos” Tamayo (p. 32); pero la reducen en otros tantos como cuando la víctima efectivamente si tenía la obligación de soportarlo pero el Estado actuó de manera irregular.

Con respecto a lo **segundo**, deberemos decir que en ciertas ocasiones al legislador se la ha facultado para imponer cargas como es el caso de la expedición de normas tributarias; luego, esa carga causada con ocasión del tributo pagado por el asociado en principio no es reparable puesto que cada ciudadano está obligado a soportarlo. ¿Pero qué sucedería si el legislador fallare en la expedición de la ley que ordena el tributo y el tributo terminase siendo inconstitucional?, ¿aun así deberíamos hablar de carga o por el contrario hablar de un daño y el asociado soportar el mismo?.

Desde una posición objetivista de responsabilidad y de una visión ajena a los fines de nuestro Estado Social y de Derecho se llegaría a una conclusión de que el asociado tiene que

soportar el daño, puesto que en tal posición no tiene lugar la culpabilidad del agente (hay una norma que lo faculta para imponer una carga y punto). Pero en aras de equidad y de justicia este comportamiento no debe quedar impune y aunque al Estado se le permita imponer cargas en ciertas ocasiones, sí fue negligente o poco cuidadoso en su actividad debe responder de manera indefectible dado que tales cargas mutaron a un daño.

Y es que independiente de cualquier otra consideración es claro que si un asociado pagó obligado un tributo inconstitucional perse ello resulta reprochable. Su patrimonio fue afectado injustamente, la certeza de ello es evidente. Siendo ello así, y bajo la filosofía de nuestro Estado Social y de Derecho, la prioridad no es exculpar al victimario dando un interpretación literal de la ley apartándose del resto de principios; la prioridad es reparar a la víctima por el mal injustamente sufrido.

Por lo anterior, Tamayo (2000) considera que el daño antijurídico debe ser tratado mejor como “aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar” (p, 33). Esto es, si bien “el Estado, en aras del bien general tiene el derecho de dañar y, para lograrlo, impone a sus súbditos, la obligación de, en algunos casos, soportar los daños que su actuación pueda generar” (p. 33), ello no es óbice para que la víctima tenga que soportar estoicamente el daño si el Estado aún en su facultad de imponer cargas ha actuado irregularmente. Desconocer lo anterior es adentrarse en el campo indeseado de la irresponsabilidad; conducta que no tiene cabida en nuestro Estado Social y de Derecho.

Como se ha dicho, al órgano legislativo se le ha facultado para expedir en ciertos casos normas que por su misma naturaleza afectan a los asociados como lo son las relativas al pago de

tributos y del servicio militar obligatorio entre otras y es claro que tales normas deberán aplicarse mientras sean válidas o conserven su vigencia, pero no sobra decir que esas mencionadas cargas son las únicas a que está legitimado a causar el legislativo. Desbordar el sentido y quantum de tales cargas o imponerlas inconstitucionalmente hace que ellas muten a la esfera de los daños.

Evidentemente, el legislador amparado en las facultades referidas no puede por ejemplo establecer un tributo contrario a la Constitución afectando gravemente el patrimonio de los asociados y simplemente escudarse afirmando que la Constitución lo facultó para ello. No. La Constitución lo facultó fue para crear normas equitativas y justas (así estas inicialmente representen una carga) cuyo único fin es beneficiar al ciudadano fin último del Estado, por lo que si en este intento de manera contraria le causa un daño (al devenir las cargas en inconstitucionales) es evidente que el administrado no tiene por qué soportarlo y en consecuencia debe repararlo por cuanto ha incurrido en una falla en el servicio que le fue encomendado.

De tal manera, la antijuricidad del daño en los casos que el legislador expida una ley inconstitucional deviene del incumplimiento de éste de las normas Constitucionales que le confiaron la elaboración de leyes equitativas y justas, por lo que la imputabilidad deberá abordarse a la luz de una posible falla en el servicio en dicha labor encomendada.

En efecto, la responsabilidad que nos trae el artículo 90 de nuestra carta no es totalmente objetiva, por lo que habrán ciertos casos donde se hace imprescindible valorar la actuación del agente que causa el daño, recurriendo a los regímenes subjetivos que se crearan doctrinalmente antes de la Constitución de 1991.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado enfáticamente:

[...] la nueva Constitución, a pesar, de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.

(Expediente 7742, 1993, p. 4)

Finalmente nuestro máximo intérprete de la Constitución con respecto a este tema y siendo congruente con lo expresado por el Consejo de Estado ha manifestado:

[...] A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.

(Sentencia C-430, 2000, p. 14)

De todo lo anterior, “queda en claro que, ni para la Corte Constitucional ni para el Consejo de Estado en su posición actual, el daño antijurídico es sinónimo de responsabilidad objetiva” (Tamayo, 2000, p. 61). “Así las cosas, es necesario aceptar que todavía nuestra jurisprudencia no ha logrado eliminar aun –por fortuna- los llamados títulos jurídicos de

imputación subjetiva” (Botero; 2012, p. 96). Esta fortuna a que hace referencia el profesor Botero es precisamente poder derivar responsabilidad patrimonial de la actividad legislativa, en caso de presentarse un daño especial o una falla en el servicio (inexequibilidad de la norma).

Normas que reconocen la generación de un daño y en consecuencia prescriben su reparación.

No es usual, que el propio legislador reconozca que la ley creada puede producir un daño antijurídico; de hecho en nuestro ordenamiento, son prácticamente inexistentes tales situaciones; sin embargo, nuestro constituyente previendo el perjuicio que ciertas normas de rango constitucional podrían ocasionar a los asociados de antemano en la misma Constitución incorporó remedios para compensar sus efectos.

Al respecto, se encuentra el artículo 58 constitucional, que consagra la expropiación de la propiedad privada por razones de interés general, pero anteponiendo como contraprestación una indemnización al ciudadano afectado.

A su turno, el artículo 336, impone la obligación de indemnizar plenamente a aquellos individuos, dedicados a una actividad lícita y que la misma, se convierta por ley, en monopolio exclusivo del Estado. Monopolio que una vez radicado en cabeza del estado, impida al asociado seguir desempeñando tal actividad productiva.

De lo que queda por decir, que no es el legislador propiamente el que en Colombia ha estado presto a incorporar en las normas un contenido reparatorio. Tal iniciativa, ha sido por parte

del mismo constituyente. La única norma, que tiene un matiz reparatorio, concebido por el propio legislador es el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que consagra la ecuación económica contractual que debe existir en los contratos estatales; ecuación que debe mantener una igualdad o equivalencia; de tal suerte que si dicha equivalencia se llegare a fracturar por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes deben adoptar, las medidas necesarias para su restablecimiento (Ruiz, 2010).

Como conclusión de este capítulo, podemos decir que al legislador, le fueron impuestas unas obligaciones como lo son el propender por el cumplimiento de los fines del Estado Social y de Derecho y de otros principios como el de la igualdad y buena fe; sustraerse a ello o realizarlo de manera indebida afectando con ello a los asociados podría acarrearle la consecuencia prevista en el artículo 90 de la Constitución.

Capítulo III

Hechos generadores de responsabilidad en la función legislativa y títulos jurídicos de imputación aplicables

La acción del legislador en ciertas ocasiones puede ser causa de responsabilidad patrimonial por parte del Estado; en efecto, se ha establecido vía jurisprudencia y doctrina que el hecho del congreso de expedir leyes declaradas posteriormente inexequibles podría generar responsabilidad. Igual suerte corren aquellas normas que aun siendo constitucionales quebrantan la igualdad ante las cargas públicas de un administrado.

La responsabilidad por normas declaradas inexequibles surge cuando “el legislador expide una norma contrariando el contenido de otra superior del mismo ordenamiento o una norma de carácter internacional que vincule a aquel” (Correa, 2012, 150). En lo que respecta al fenómeno de la responsabilidad del estado por leyes constitucionales se puede decir que es “aquel referido a la norma, que siendo exequible (bien porque no ha sido sometida a juicio de constitucionalidad alguno o bien porque fue declarada exequible por sentencia en firme de la Corte Constitucional), ocasiona en su aplicación una violación al principio de igualdad ante las cargas públicas” (Botero, 2012, p. 183).

Pero no solo el actuar del legislador puede ser generador de responsabilidad. El daño antijurídico que puede causar el legislador puede provenir de una conducta omisiva y en la que el hecho generador entonces se denomina omisión legislativa inconstitucional. “La omisión legislativa inconstitucional es aquel silencio legislativo o aquella regulación legislativa

incompleta o parcial que produce consecuencias no queridas por la Constitución, y por tanto puede considerarse que es objeto de una prohibición constitucional”. (Sarmiento, 2010, p. 21).

Así pues, se observa como de varias maneras el legislador puede generar un daño antijurídico a los asociados que genere consecuencias patrimoniales. No obstante son pocos los títulos jurídicos bajo los cuales se puede imputar responsabilidad al Estado o por lo menos son pocos los que ha reconocido hasta hoy la jurisprudencia, a tal punto que hasta época reciente solo eran aplicables los tradicionales títulos de imputación de la falla en el servicio y el de daño especial; sobre el particular el Consejo de Estado ha manifestado:

[...] el Estado podría responder por los daños causados en el ejercicio de su competencia reguladora, bien sea cuando éstos se deriven de la expedición de una norma ajustada al ordenamiento superior, siempre y cuando quien lo padece no tenía en principio por qué sufrirlos; o todo lo contrario, cuando se origine en una disposición que es declarada nula o inexecutable según el caso, advirtiendo que en el primer evento, el daño será imputable a título de daño especial y en el segundo, de falla en el servicio. (Expediente 28741, 2014)

A los anteriores títulos jurídicos de imputación se le ha unido uno nuevo denominado defraudación de la confianza legítima, el cual ha desarrollado de manera reciente el máximo tribunal contencioso administrativo.

Realizada una ligera panorámica de los hechos generadores de responsabilidad por el legislador, nos aprestaremos a profundizar en cada uno de ellos.

Responsabilidad por normas constitucionales

Una norma por el solo hecho de ser legal y legítima en principio es una carga pública que deben asumir todos los ciudadanos por igual, dado que idénticamente todos por igual se beneficiaran (o perjudicaran) con ella. Sin embargo puede suceder que las consecuencias dañinas de una ley recaigan únicamente sobre un asociado o un grupo de asociados en particular resultando beneficiados el resto del conglomerado social lo cual resulta impensable en un Estado Social y de Derecho como el nuestro donde uno de sus principios fundantes es la solidaridad y la igualdad.

Luego, aun siendo constitucional la norma puede ocasionar un daño antijurídico sobre los asociados (recordemos el comentado caso Flaurette); basta que con ella se rompa la igualdad entre las cargas públicas de un asociado que le genere una carga especial y anormal para que haya derecho a reparación.

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

no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996)

En consecuencia, del fenómeno de responsabilidad del estado por leyes exequibles se puede decir que es:

[...] aquel referido a la norma, que siendo exequible (bien porque no ha sido sometida a juicio de constitucionalidad alguno o bien porque fue declarada exequible por sentencia en firme de la Corte Constitucional), ocasiona en su aplicación una violación al principio de igualdad ante las cargas públicas. (Botero, 2012, p. 183)

El Consejo de Estado, en los pocos pronunciamientos realizados sobre este tipo de situaciones ha dicho que:

[...] el régimen de responsabilidad del Estado por el hecho de la ley es el objetivo, cuyo título de imputación es el daño especial, cuyas características básicamente son: *i*) el desarrollo de una actividad legítima de la administración -la expedición de una ley-; *ii*) el menoscabo del derecho o lesión de una situación jurídicamente consolidada de una persona, derivada de dicha actividad; *iii*) la imposición de una carga mayor al asociado de la que normalmente debe soportar, que origina el rompimiento del principio de igualdad de las cargas públicas frente a la ley; *iv*) que el daño sea grave y especial, y *v*) la existencia de un nexo causal entre el hecho lícito y el perjuicio infligido. (Exp 22637, 2015)

Queda claro bajo esta postura, que el título de imputación a aplicar cuando se rompe el equilibrio ante las cargas públicas es el daño especial y que con este solo se quedan protegidos la afectación de un derecho subjetivo y la afectación de una situación jurídica consolidada; por lo que quedan excluidas en principio las afectaciones a un interés legítimo, o una expectativa legítima; interés que sin ser un derecho en sí, en virtud del principio confianza legítima debe ser protegido.

Afortunadamente, en épocas recientes la jurisprudencia contenciosa administrativa ha decidido proteger la afectaciones a esos estados de confianza y expectativas legítimas otrora desprotegidas introduciendo un nuevo título de imputación al que denomina defraudación al principio de confianza legítima ensanchando así el espectro de responsabilidad no solo del órgano legislativo sino de todo el aparato estatal.

Así las cosas, a continuación se analizarán tanto el título de imputación de daño especial como el de defraudación de la confianza legítima para lo cual se revisarán algunas sentencias donde el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre ellos.

Responsabilidad patrimonial de legislador por normas constitucionales bajo el título de daño especial.

Pese a que Botero (2012) afirma que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador mas estudiada en nuestro medio es la derivada de una norma constitucional, lo cierto del caso es que son muy pocas las sentencias proferidas al respecto. En la primera de ellas se condenó al Estado a pagar los daños generados a la familia del señor Cesar Cuervo quien fallecería a causa

de un accidente vehicular ocasionado por un agente diplomático de Estados Unidos. La síntesis sobre las circunstancias y sentido de este importante fallo es el siguiente:

El Artículo XXXI de la Ley 6ª de 1972 que aprobó la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, prescribe en el numeral primero lo siguiente: “El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad su jurisdicción civil y administrativa...”. Adicionalmente, el numeral segundo preceptúa: “La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no lo exime de la jurisdicción del Estado acreditante”.

En atención a lo anterior, el agente diplomático causante del deceso del señor Cesar Cuervo quedó excepto de asumir cualquier responsabilidad que pudiera surgir del lamentable suceso en nuestra jurisdicción, y tratar acceder a la jurisdicción norteamericana para que allí le resarcieran el daño de seguro no era una opción fácil para los familiares del finado. Así las cosas, las víctimas indirectas del perjuicio viendo conculcado su derecho a reclamar los perjuicios ocasionados demandaron mediante reparación directa al Estado Legislador por considerar que la causa de no poder ejercer el derecho de acción se originó por la expedición de la Ley 6ª de 1.972.

El consejo de Estado se pronunció en el siguiente sentido:

Teniendo los nacionales derecho a que se respete su integridad personal y patrimonial y a ejercer las acciones de ley para el restablecimiento de sus derechos conculcados, en igualdad de condiciones, en el caso presente los demandantes experimentan una doble limitación por virtud del privilegio de inmunidad jurisdiccional conferido por el Estado

Colombiano. De un lado porque quedan privados de la posibilidad de demandar en Colombia la reparación a que tienen derecho, en acción contra el ejecutor material del daño y de otra parte porque consecencialmente se desequilibraron las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, al imponérseles la necesidad de demandar ante la justicia del estado acreditante, lo cual sí está permitido por la Convención de Viena, salvo renuncia a la inmunidad en los términos allí establecidos, hecho que no ocurrió en este caso. (Expediente IJ-001, 1998, p 20)

El máximo tribunal percibió, que a los actores con la ley 6° de 1972 se les impuso una carga especial (solo a ellos y no todo el conglomerado social) y anormal (de no poder reclamar los derechos en su nación, sometiéndolos a pedirlos en otro Estado) por lo que se rompió el principio de las cargas públicas y en consecuencia era menester imponer el deber de reparar al Estado en representación de toda la sociedad que si se beneficia de poder ejercer el derecho de acción en su propio país.

De la sentencia en mención es bueno resaltar que la razón jurídica que utilizó el consejo de estado para imputar responsabilidad al Legislador por el hecho de una ley Constitucional fue el daño especial, y que los requisitos para llegar a esta imputación son:

1. Que el hecho/acto que causa el daño provenga de una actuación legítima del Estado, en este caso la expedición de una ley-, que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, imponiéndoles a los administrados un mayor sacrificio del que normalmente deben soportar (...)

2. Que se concrete un daño anormal y excepcional, que lesiona un derecho protegido (...).
3. Que haya nexo de causalidad entre el hecho lícito y el perjuicio ocasionado (Botero, 2012, p. 187)

De esta manera, quedaron establecidas las condiciones para que en caso de que una ley rompa el equilibrio de las cargas públicas que un individuo normalmente debe soportar, dicho individuo pueda solicitar del Estado Legislador la reparación de los perjuicios que de allí se generen.

Responsabilidad patrimonial del legislador por normas constitucionales, bajo el título de defraudación al principio de confianza legítima.

Como se ha dicho, en años recientes el Consejo de Estado ha ampliado el régimen de responsabilidad del Estado trasladándolo a las esferas de aquellas situaciones en las que pese a no tener las características de un derecho adquirido o una situación jurídicamente consolidada pueden ser fuente de daños imputables al Estado-legislador.

En la Sentencia 27228 del 2013 proferida por la Subsección B del Consejo de Estado, se acepta por vez primera que las expectativas legítimas y los estados de confianza se encuentran sujetas a control por parte de los jueces contencioso administrativos. En dicha sentencia, encontramos la primera argumentación a favor de la responsabilidad del Estado Legislador por

los daños causados por normas exequibles a título de violación del principio de confianza legítima.

En esta ocasión, El Consejo de Estado decidió sobre el problema suscitado, en ocasión a la inversión realizada por la sociedad Protel S.A. con miras a construir un proyecto hotelero animado por los beneficios fiscales de hasta el 15% del valor de la inversión, que otorgaba el certificado de desarrollo turístico creado por la Ley 60 de 1968, modificada por el Decreto ley 2274 de 1974 y reglamentada por el Decreto 1361 de 1976. Empero, cuando el hotel estaba a punto iniciar la prestación de los servicios, se expidió la Ley 223 que derogó la normatividad anterior y le imposibilitó a la actora acceder al beneficio esperado, en cuanto no estableció un régimen transición para proteger las inversiones en curso.

La demandante pretendió en consecuencia que se le reparara el daño ocasionado, fundada en que la imposibilidad de acceder al certificado de desarrollo turístico afectó la estructura financiera del proyecto, imponiéndole una carga que excede la igualdad frente a las que debe soportar y defraudándole su confianza legítima. Alegó que, si bien no tenía un derecho adquirido, la derogatoria de la normatividad que confería el beneficio tributario en cuanto este fue determinante en la inversión, le causó un daño antijurídico, cierto y especial que le debe ser indemnizado, en tanto i) vulneró su confianza en que se le reconocería el beneficio y la seguridad de que así sería y ii) rompió el equilibrio frente a las cargas públicas pues, personas en similares condiciones que ella si accedieron al beneficio.

Comienza la Sala, reiterando que los asociados no tienen porque soportar la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas y en caso de tal cabe la imputación por daño especial para

derivar responsabilidad del Estado; agrega la Sala, que en idénticas condiciones el asociado tampoco tiene porque que soportar que se le defraude la confianza legítima.

Sin embargo, se cuestiona la Sala sobre si el daño causado en virtud de la defraudación de la confianza legítima tiene la misma especialidad que el daño especial causado a un derecho subjetivo; a lo cual manifiesta:

[...] el daño especial y la vulneración de la confianza legítima, aunque ambos fundados en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, difieren en cuanto a los intereses protegidos, empero se complementan para impedir que, en nombre del interés general, mientras algunos se benefician otros resultan sacrificados, sin que su situación hubiese sido considerada. (Exp 27228, 2013, p. 41)

Así pues, considera el Consejo de Estado que mientras con la invocación del daño especial se protegen situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo; con la invocación del principio de confianza legítima se protegerían las expectativas no consolidadas pero sí razonables. De lo que termina concluyendo que resulta procedente, establecer un título denominado defraudación al principio de confianza legítima que pueda ser utilizado cuando el daño se cause sobre una simple expectativa; esto es, se haya afectado una pérdida de oportunidad. Con ello, en definitiva en el Consejo de Estado ensanchó el régimen de responsabilidad del legislador.

Aunque, se vislumbra una buena intención de la Sala, quizás por ser el primer fallo al respecto se encuentran algunas imprecisiones que pueden dar lugar a confusión como lo es el

considerar que bajo el título de daño especial también estarían cobijados los daños causados a “derechos en vía de serlo”; derechos que en vía de serlo no son más que las mismas simples expectativas legítimas que la Sala está separando bajo otro título de imputación. Luego la contradicción es evidente.

Posteriormente, en el Expediente: 22637, de 31 de agosto de 2015, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, se abordó nuevamente el tema, siendo esta última sentencia más clara y donde hace correcciones a las imprecisiones de su predecesora. Los hechos que dieron origen al tema discutido fueron:

El 29 de enero de 1991, la Ley 14 estableció las condiciones legales en las que el Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISIÓN- celebraría los contratos de concesión de espacios de televisión, los cuales serían prorrogables cuando se cumplieran ciertas condiciones. Resultaron adjudicatarios de dichos contratos las sociedades Noticiero Veinticuatro Horas S.A., Producciones JES Ltda., Criptón S.A., y Globo Televisión Ltda T.V. 13 Ltda.

En el año 1996 fue expedida la Ley 335 que prohibió la prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión y las disposiciones que excluyeron dicho beneficio -artículos 10 y 28- fueron posteriormente declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-350 del 29 de julio de 1997. Esta última disposición, afectó a los adjudicatarios señalados, puesto que ellos confiaban en que sus contratos iban a ser prorrogados como lo establecía la norma anterior.

El marco para dilucidar la pretensión de los accionantes sirvió para ampliar los supuestos que dan paso a la responsabilidad patrimonial del Estado en tratándose de leyes declaradas exequibles.

En consonancia con sentencias anteriores, en lo que respecta al daño antijurídico la Sala reafirma que la configuración del mismo no depende de la declaratoria de exequibilidad de la ley, pues al margen de que la norma incurra o no en algún vicio de tipo material o formal que vulnere la Constitución, la cláusula general de responsabilidad estatal goza de plena independencia y efectividad, porque no se encuentra sometida ni condicionada al estudio de constitucionalidad.

Pero observa la Sala que el daño antijurídico ocasionado en virtud de una norma exequible no sólo puede provenir de la lesión de derechos subjetivos ya adquiridos como tradicionalmente se ha concebido, derechos que son protegidos como se ha visto a través del título de imputación daño especial; sino también que el daño antijurídico puede provenir de la defraudación de expectativas legítimas o estados de confianza.

Para el Máximo Tribunal no contemplar lo anterior sería permitir focos no deseados de inmunidad. Pero ¿cómo hacer cuando no existe un derecho adquirido?. Se supone, que no habiendo un derecho, no habrá daño, pues resulta ilógico dañar lo que no existe. ¿Cómo proteger un derecho que solo va en camino de serlo?. El Consejo de Estado razona entonces en este sentido:

Excluir las expectativas legítimas y los estados de confianza como fundamentos de daño puede llevar a conservar zonas grises de inmunidad del Estado-legislador frente al control

jurisdiccional, lo que no solo implicaría que el legislador pueda, sin consecuencias, vulnerar intereses jurídicos sino que la víctima tendría la intolerable obligación de soportar un daño, por el solo hecho que la afectación proveniente de la ley al recaer sobre intereses carentes de la nomenclatura normativa de los derechos subjetivos. No se puede desconocer que la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado si bien tiene por objeto la reparación de los daños antijurídicos ocasionados a los asociados en sus derechos también abarca derechos imperfectos o virtuales no materializados y situaciones de hecho, nacidas en los predios de la confianza legítima, en cuyo caso es deber del juez contencioso administrativo preservar integralmente el carácter incólume tanto de los derechos como de las expectativas legítimas y los estados de confianza creados o tolerados por comportamientos del mismo Estado.

La tesis planteada admite que el Estado puede resultar responsable si se generan daños por la defraudación del principio de confianza legítima cuando se lesionan expectativas o estados de confianza a causa de una actuación u omisión del legislador. Estas situaciones pueden ocurrir cuando se expiden leyes que, aun estando exentas de vicios y conformes a la Constitución, contienen cambios impredecibles e intempestivos que alteran la seguridad jurídica y que, sin haber previsto medidas transitorias o compensatorias, producen un daño antijurídico a los asociados que confiaron en la consolidación de los derechos en vía de serlo y en la conservación de las situaciones preexistentes.

Sobre este importante punto, termina concluyendo la Sala:

[...] las expectativas legítimas como los estados de confianza son intereses jurídicamente protegidos cuyo menoscabo está amparado en virtud del principio de confianza legítima y, por ende, pueden ser amparadas por la cláusula de responsabilidad estatal extracontractual, si se acepta que los daños pueden recaer sobre otros bienes que no sean los tradicionales derechos subjetivos. Así, el principio de confianza legítima se convierte en un soporte adicional de la causa jurídica del derecho a la reparación, pues no solo se deben amparar derechos subjetivos o consolidados, sino también situaciones en proceso de gestación o nacidas o permitidas por la administración a la égida del principio de confianza legítima.

Así, la responsabilidad del Estado Legislador en casos de afectación a expectativas legítimas o estados de confianza encuentra justificación en el reconocimiento de las distintas manifestaciones del principio democrático que permiten afirmar que no solo los derechos adquiridos o situaciones jurídicamente consolidadas se encuentran incluidos en la cláusula general del artículo 90 constitucional.

Ampliado el espectro de responsabilidad a las expectativas legítimas y a los estados de confianza, el máximo tribunal observa que si bien el título de imputación por excelencia frente a la vulneración de derechos adquiridos o situaciones jurídicamente consolidadas constitutivo de daños antijurídicos con ocasión de una ley declarada exequible es el daño especial, se hace necesario que tratándose de la afectación a expectativas legítimas y estados de confianza, el resultado dañoso se impute por la defraudación del principio de confianza legítima.

Por último, y no menos importante es bueno señalar que la Sala encuentra también que la forma de reparación del daño es distinta en cada caso, dependiendo de si se transgreden derechos adquiridos, expectativas legítimas o estados de confianza.

En el caso de derechos adquiridos, como de costumbre la reparación debe hacerse teniendo en cuenta la valoración total del perjuicio. En cambio, tratándose de expectativas legítimas; estas deben ser reparadas de manera proporcional al grado de probabilidad de concreción y realización del derecho, de modo que se enmarque dentro de los parámetros de la oportunidad perdida (ello con el fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa).

Responsabilidad por normas declaradas inexecutable

Una consecuencia natural del principio de supremacía constitucional es que cuando una autoridad pública la transgrede -incluido el legislador-, viola una obligación primaria que le es exigible incurre en una falla y si con ello llegare a causar un daño en principio debería responder. Consecuente con ello, en nuestro ordenamiento jurídico el Consejo de Estado ha señalado enfáticamente que la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente puede dar origen a un daño patrimonial o extrapatrimonial.

En efecto, la Constitución le confió al legislador la función de crear normas justas y ante todo subordinadas al texto máximo, independiente si estas por su misma naturaleza le imponen al ciudadano ciertas cargas que son necesarias para la existencia del propio Estado. Pero ello no es una patente de corzo para que el legislador se abroge la potestad de hacer soportar cargas que posteriormente resulten inconstitucionales, pues en ese caso el asociado ya no tiene porque soportarlas dado que las mismas se han transformado en daño.

No basta suponer que la norma es inconstitucional; se debe partir en estos casos que hubo previamente un examen de constitucionalidad de la autoridad correspondiente. De igual manera, el hecho de que una norma haya sido declarada inexecutable, no implica per se que el legislador deba responder. No, la inconstitucionalidad de una norma no es sinónimo de reparación; para que una norma inexecutable de lugar a reparación debe demostrarse que produjo un daño antijurídico.

Pareciese claro entonces que si una norma declarada inexecutable produce daños a los asociados que estos no están obligados a soportar, en consecuencia cabría la reparación por parte del Estado legislador de los perjuicios causados. Y no es para menos, toda vez, que el ciudadano confía en las leyes, y el legislador en su actividad debe estar capacitado para dictarlas; el hacerlas defectuosas de tal manera que afecten a los asociados implicaría indefectiblemente una falla en las funciones que le ha encomendado la Constitución. De hecho,

Pareciera evidente que si la jurisprudencia nacional ha aceptado la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador cuando la ley –siendo executable- quebranta el principio de igualdad ante las cargas públicas (...), con mayor debería hacerlo cuando la ley es declarada inconstitucional. La antijuricidad de tal hecho, como de los daños que de su aplicación se derivan, son incuestionables. (Botero, 2012, p. 203)

Sin embargo, en contra del principio de supremacía constitucional, en contra del mismo principio de responsabilidad sobre el que se edifica nuestro Estado Social y de Derecho; en nuestro ordenamiento la responsabilidad por el hecho de las leyes declaradas inexecutables más que claridad, lo que ha traído es incertidumbre. En efecto, en nuestro medio, aún no existe consenso sobre la responsabilidad que pueda existir por normas declaradas inexecutables.

Mientras algunos consideran que es posible derivar responsabilidad por la ley declarada inexecutable, incluso durante el tiempo que gozó de validez, puesto que independiente de la fecha de inexecutableidad ella nació violando la Constitución; otros piensan que la presunción de legalidad que ampara la norma hasta que es retirada del ordenamiento debe tenerse en cuenta como factor exonerativo de responsabilidad.

En ésta última posición la responsabilidad del legislador queda supeditada a los efectos que la Corte Constitucional le dé a la sentencia; así pues, si a la sentencia de inconstitucionalidad se le dan efectos *ex nunc* no puede haber responsabilidad del Estado, dado que las situaciones anteriores al fallo creadas o surgidas bajo el amparo de la Ley en cuestión se consideran consolidadas. Sin embargo, si la decisión contiene efectos retroactivos, tal responsabilidad es jurídicamente viable frente a los efectos producidos por la Ley inconstitucional. Dicho de otra forma, la responsabilidad depende de la modulación que el juez constitucional le dé a sus fallos.

Acá es donde surge un espacio donde la irresponsabilidad del legislador aún sigue habitando: en su gran mayoría las sentencias de inconstitucionalidad no proveen efectos retroactivos. De esta situación se duele Botero (2012) cuando afirma:

Por los matices de nuestro control constitucional, se han abierto las puertas a que normas inconstitucionales sean causa de daños no reparables, pues en nuestro sistema de derecho las sentencias de inexecutableidad siempre tienen efectos hacia el futuro, a menos que la Corte Constitucional le otorgue expresamente efecto retroactivo, por lo que, en principio,

en aquellas situaciones en donde los efectos de la sentencia sean ex nunc, no podría haber reparación. (p. 205)

Termina concluyendo Botero (2012) que “La posición que niega la reparación del daño causado por la ley inconstitucional, por los efectos de la sentencia de inexecuibilidad trastoca lo que consideramos debería ser el resultado esperado en un sistema jurídico coherente, cual es la abolición absoluta de los espacios de inmunidad injustificados” (p. 206).

Condicionar el juicio de responsabilidad a los efectos que la Corte Constitucional le dé a las sentencia de inexecuibilidad o lo que es lo mismo a la vigencia o validez de la norma es desconocer la verdadera génesis del daño antijurídico. Puesto que si bien el asociado tiene que soportar la carga de una norma hasta que la misma esté vigente ello no significa que tenga que soportar la carga de un exabrupto que le ha impuesto el legislador por actuar contrario a la Constitución.

Desafortunadamente, bajo la concepción de que el juicio de responsabilidad solo debe depender de la vigencia de la norma se ha limitado el margen de la responsabilidad del legislador solo a los casos donde la Corte Constitucional de manera expresa declare la retroactividad de los efectos de la sentencia. Eventos como se dijo son excepcionales.

En este punto, se conforma la doctrina e incluso la misma jurisprudencia en citar como precedente y ejemplo de responsabilidad del legislador por el hecho de una norma inexecutable lo acaecido con la sentencia C-149 de 1993, por medio de la cual se declararon con efectos retroactivos, los artículo 16, 17, y 18 de la Ley 6ª de 1992, que consagraban una inversión

forzosa en Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna; inversiones que disfrazaban un tributo y al ser estos retroactivos reñían con lo consagrado en el artículo 363 de la Constitución. La Corte, fuera de declarar inexecutable tales artículos ordenó devolver los dineros recaudados al ministerio de hacienda.

Decimos que se conforma la doctrina y la jurisprudencia en encasillar este “rarísimo” evento como ejemplo de responsabilidad del legislador por la sencilla razón de que no fue el órgano legislativo el que fue condenado a la reparación por expedir la ley inconstitucional, sino que lo fue el ministerio de hacienda a quien se le ordenó devolver o restituir lo recaudado; de lo que se sigue, que más que una sanción por una conducta reprochable del legislativo lo que hubo fue una devolución o restitución de lo aportado por el órgano que ejecutó la ley.

Es claro, no fue el ministerio de hacienda quien expidió la ley inconstitucional; al contrario, simplemente de buena fe y en cumplimiento de una norma que se presumía válida efectuó el recaudo. Luego a él no se le puede atribuir la falla en el servicio y por lo tanto, en modo alguno puede imputársele el daño derivado de esa falla, pues de ser así se estaría confundiendo la reparación con la restitución, advirtiendo que la primera siempre estará a cargo de aquel a quien le sea imputable el daño.

Omisión legislativa

Sea lo primero aclarar, que las omisiones legislativas para que trasciendan o tengan relevancia jurídica deban ser declaradas y reconocidas como tal por el máximo órgano constitucional, derivando así en una sentencia de inconstitucionalidad. En ese estado de cosas, el

problema con las omisiones legislativas se reduce sin más al caso que ya hemos tratado de normas declaradas inexecutable.

Sin embargo como algún sector de la doctrina insiste en que ellas son fuente particular de responsabilidad del legislador, haremos una pequeña síntesis de lo que consiste este particular fenómeno generador de responsabilidad del legislador.

Nuestra Constitución está compuesta por normas operativas y normas programáticas. Las primeras, son disposiciones que pueden aplicarse de manera inmediata o directa; esto es, pueden hacerse valer en juicio sin que exista otra norma que las desarrolle haciendo precisiones sobre su alcance y contenido. Ejemplo de ellas son el derecho a la vida (Artículo 11 C.P), pues no es necesaria una ley que precise que tenemos el derecho a que no se nos imponga la pena de muerte.

Las segundas establecen, un programa, un derecho (o un deber), y al mismo tiempo le imponen al legislador la obligación de dictar las leyes que permitan efectivizar el programa o derecho en cuestión. Ejemplos de estas, es la referida a la seguridad social (artículo 48 C.P) donde fuera de declarar que la seguridad social es un derecho irrenunciable, se le impone la obligación al legislador de regular su cobertura, la prestación de este derecho por entidades públicas, etc. Otro ejemplo es el derecho a la familia (Artículo 42 C.P), donde al legislador se le encarga de legislar respecto al patrimonio familiar, sobre las sanciones por violencia intrafamiliar, sobre la progeneración, sobre los efectos de los matrimonios religiosos, sobre el estado civil, etc.

Significa lo anterior, que el legislador en cuanto a las normas programáticas tiene una amplia libertad de configuración legislativa; situación que no implica una autorización de la Constitución para que el legislador desborde sus funciones y no se ajuste a la misma. Luego, la libertad de configuración del legislador es restringida; en este sentido Sarmiento (2010) plantea:

Podríamos sostener que la libertad de configuración del legislador obedece al valor democrático que implica la libre conformación política de los órganos representativos. A ellos se les facultó para desarrollar normativamente, todas aquellas reglas de los particulares y del estado, además claro, de aquellos sistemas asistenciales que merecen los asociados en condiciones de desventaja. Pero toda libertad supone un deber y un límite. En el caso del legislador, la libertad de configuración supone su ejercicio en el marco de la Carta Fundamental, que en el escenario colombiano, parece tener un origen ultra democrático y cuya vocación es aplicarse directamente a todos los individuos y a todas las ramas del poder público. (p. 31)

Sin duda, como se ha señalado en el capítulo anterior en nuestro Estado Social y de Derecho al legislador le fueron encomendadas unas funciones con el fin de hacer efectivos los fines del Estado pero teniendo claro que el soberano es la Constitución. Así pues, como una manera de cumplir los fines impuestos le corresponde al legislador el desarrollar las normas que la Constitución le ha encomendado pero sin contrariar la misma. De esta manera como dice Sarmiento (2010) “la omisión legislativa desconoce el deber que recae sobre el legislador de concretar el desarrollo legal que requieren algunos mandatos constitucionales” (p. 31).

Con respecto a la significación de omisión legislativa La Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por *omisión legislativa* "todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar. (Sentencia C-543, 1996, p. 7)

En resumen, afirma la Corte que habrá omisión legislativa cuando el legislador no cumpla su deber de legislar que expresamente le haya señalado la Constitución.

Según la doctrina existen dos tipos de omisiones legislativas: La omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa.

La omisión legislativa es absoluta cuando el legislador se abstiene de regular un determinado tema. Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado. Que la omisión absoluta hace referencia al incumplimiento por parte del Legislador de la obligación constitucional de

expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal (Sentencia C-543 de 1996).

La omisión legislativa relativa se presenta cuando el legislador ha expedido una ley y en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad. Luego hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador.

Luego, “la omisión legislativa relativa parte también de una inactividad del Legislador, pero está avocada hacia la discriminación inconstitucional que podría, dado el caso, generar daños antijurídicos que deben ser indemnizados por el Estado Legislador” (Sarmiento, 2010, p. 80). En todo caso, “las omisiones legislativas relativas se verifican cuando una norma desarrolla la Carta Fundamental de manera parcial, incompleta o defectuosa desde el mismo punto de vista de la misma Constitución” (Sarmiento, 2010, p. 81); lo que deriva inevitablemente en su declaratoria de inconstitucionalidad por el máximo tribunal constitucional.

De aquí, que en el caso de las omisiones legislativas se vislumbre una falla en el servicio legislativo, que conduce a una inconstitucionalidad de la Ley; por lo que el título jurídico a utilizar deberá ser como se ha anticipado la falla en el servicio.

Capítulo IV

Análisis jurisprudencial de las dos líneas antagónicas en el Consejo de Estado

Como se ha expresado en el capítulo precedente, el debate sobre la responsabilidad derivada de la declaración de inexecutable de una norma que causa un perjuicio no resulta pacífico. Al punto, que en el máximo tribunal contencioso administrativo se ha fallado desde dos posiciones divergentes generando una indeseada situación de inseguridad jurídica; por lo que se amerita hacer un análisis de éstas posiciones para tratar de dilucidar cual recoge con mayor propiedad el sentir de los postulados de nuestro Estado Social y de Derecho.

Para efectos de describir esta realidad jurídica abordaremos ambas posiciones haciendo alusión a algunas sentencias en las que ha quedado plasmada una y otra posición.

Posición jurisprudencial en la que no existe responsabilidad del legislador cuando la sentencia de inexecutable tiene efectos ex nunc.

Podría decirse que esta posición es una versión posmoderna de la idea de que al ser la norma soberana y estar llamada a ser acatada por todo el conglomerado sin distinción, no puede producir efectos dañinos y en caso de que se llegaren a causar no habría lugar a reparación con el argumento que el ciudadano debe soportarlos dado que la norma es válida.

Si bien el planteamiento de que los asociados deben soportar los efectos de una norma en principio es válido; en lo que respecta a los fines de nuestro Estado Social y de Derecho y a uno

de sus pilares como lo es la responsabilidad patrimonial ello merece una profunda revaluación, pues es “equivocado el planteamiento (...) según el cual el Estado tiene el derecho a causar daños cada vez que los individuos están obligados a soportarlos, como si esos daños fueran un objetivo final del Estado” (Tamayo, 2002, p. 33).

En palabras del Consejo de Estado, esta línea jurisprudencial “se ha construido a partir de dos consideraciones íntimamente relacionadas: la de las situaciones jurídicas consolidadas, en virtud de la presunción de constitucionalidad de las leyes y la de los efectos de la sentencia de inexecutable proferida por la Corte Constitucional” (Expediente 26689, 2014, p. 33).

Sobre estos dos pilares, se niega la configuración de responsabilidad del legislador argumentando que: a) si la sentencia de inexecutable no tiene efectos retroactivos no podría hablarse de antijuricidad o daño injusto porque la persona estaría obligada a soportarlo durante el tiempo que estuvo vigente la norma, y b) tampoco se podría reparar esa alteración negativa puesto que en ese lapso ya habían situaciones jurídicas consolidadas.

Se edifica entonces esta tesis, sobre el principio de seguridad jurídica y para ello toma como argumento el efecto que le da la corte a las sentencias para garantizar situaciones jurídicas consolidadas.

Más allá de la intención de proteger situaciones jurídicas consolidadas (que de por sí resultaría una justificación válida), ésta posición bajo el manto del principio de seguridad jurídica protege al legislador en detrimento de los asociados quienes son el fin último del Estado y

quienes con certeza han sufrido un daño injusto y para ello hace una incorrecta valoración del daño antijurídico.

En el Expediente 20945 del 26 de septiembre de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, encontramos una sustentación de esta tesis; en dicha sentencia, se estudió la posibilidad de imputar la responsabilidad al legislador en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable. La sentencia en cuestión analizó si era posible que el juez por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política, extendiera hacía el pasado los efectos de la sentencia de inexecutable y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente.

Sin adentrarse en el estudio del posible daño causado, la Sala sólo se preocupó por encontrar en los efectos que la Corte Constitucional le da a sus sentencias una salida simple a la litis planteada, argumentando lo siguiente:

En efecto, si los fallos de constitucionalidad expedidos por esa corporación tienen efectos de cosa juzgada *erga omnes* y ella es la única instancia competente para establecer los efectos de los mismos, debe concluirse que su pronunciamiento debe ser acatado por todas las autoridades públicas. En ese sentido, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad encuentra límites en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, guardiana suprema de la integridad y la supremacía de la Carta Fundamental.

Esta conclusión tiene sustento, por lo demás, en la Constitución misma. Como bien se advierte en la sentencia aludida, para efectos de adoptar su decisión, la Corte interpreta la Carta Fundamental, teniendo en cuenta los fines de ésta y los del derecho objetivo en general, que son la justicia y la seguridad jurídica. Se trata de fines que, generalmente, pueden garantizarse simultáneamente con la decisión adoptada. En otros casos, sin embargo, pueden resultar en conflicto y, de acuerdo con las circunstancias, es posible que se haga prevalecer el uno sobre el otro, según la valoración que, para el efecto, realice la Corte en cada caso. Por lo tanto, una vez se produce el pronunciamiento respectivo, esta valoración está vedada a las demás autoridades públicas, pues ella corresponde, exclusivamente, a la Corte Constitucional.

La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. (Exp 20945, 2002, p. 46)

De esta manera, basándose en la atribución exclusiva que tiene la Corte Constitucional para modular los efectos temporales de sus fallos², comienza condicionando la responsabilidad del legislador a que la Corte fije efectos retroactivos a la sentencia; así pues:

² Sentencias C – 113 de 1993 y C – 037 de 1996.

Si se trata de la solución de un caso relativo a una situación ocurrida con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional, o de uno referido a una situación ocurrida con anterioridad al mismo, pero dicha Corporación le ha dado a su decisión efectos retroactivos, es claro que la autoridad respectiva deberá, simplemente, acatar lo resuelto por aquélla, absteniéndose de aplicar la norma que ha sido retirada del ordenamiento, sin necesidad de acudir al artículo 4° de la Carta Política, ya que el máximo órgano guardián de la supremacía de la Constitución se ha pronunciado al respecto y su decisión tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta. (Exp 20945, 2002, p. 45)

De tal modo, la Sala concluye de manera enfática que surtiendo efectos hacia el futuro el fallo de inconstitucionalidad, la pretensión de responsabilidad está siempre llamada al fracaso, puesto que la contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexecutable, de modo que los daños irrogados durante su vigencia no podrían ser calificados de antijurídicos, y por tal razón, no podía ordenarse reparación alguna.

La condición impuesta por la Sala a nuestro juicio es sinónimo de irresponsabilidad y a su vez un juego de palabras sin una coherencia lógica que lleve a una solución jurídica, pues decir que habrá responsabilidad solo por daños posteriores a la fecha de inexecutable no tiene sentido, dado que para este tiempo al haber salido la norma del ordenamiento, ¿qué daños puede ya causar (al menos que sean imputables al legislador)? De igual manera, decir que habrá responsabilidad solo si la Corte declara efectos retroactivos; ¿cuándo podrá haber entonces responsabilidad si ésta posibilidad es realmente excepcional?

A parte de la incoherencia lógica antes descrita se observa además un error de tipo conceptual en lo concerniente a la valoración del daño antijurídico. Pretender que el daño es jurídico porque el asociado tiene que soportar las cargas naturales que trae la norma durante su validez no es acertado; pues la antijuricidad debe mirarse desde el momento mismo de la expedición de la norma que nació siendo inconstitucional. La antijuricidad se debe determinar con base a que al legislador se le encomendó la función de crear normas equitativas y justas y al no cumplir en debida forma tal cometido se producen dos efectos: uno, ha fallado en el servicio que le fue encomendado y dos, el asociado no tiene el deber de soportar ya no la carga sino el daño causado.

Años más tarde en el Expediente 26690 del 24 de octubre de 2013 la Sección Tercera del Consejo de Estado volvió a pronunciarse sobre este mismo tema. El objeto de la controversia en esta ocasión versó sobre la pretensión del demandante AVANTEL para que se declarara patrimonialmente responsable al Congreso de la República, por los daños que le fueron causados por la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 en virtud de los cuales se creó y reguló la Tasa Especial por Servicios Aduaneros - TESA - y que posteriormente fueron declarados inexequibles mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001. Daños que según el demandante consisten en el valor de la tasa que le tocó sufragar durante el tiempo que estuvo vigente la citada normativa.

Si bien la Sala comienza reconociendo que “el Congreso de la República, como parte integrante de la estructura del Estado, puede ser declarado responsable cuando, en ejercicio de sus funciones legislativas, causa un daño antijurídico a los particulares”; al entrar analizar el

primer componente de la responsabilidad es decir “el daño” la Sala inmediatamente antepone los efectos que le da la Corte a sus sentencias como elemento para determinar la antijuricidad del mismo, a lo cual y dado que en este caso como los efectos fueron ex nunc, la Sala manifiesta:

Los hechos consolidados en vigencia de las normas se encontraban amparadas por el principio de legalidad y garantía constitucional y por el contrario, no era una carga que la sociedad demandante no debía soportar, por cuanto se itera, se encontraban amparadas por el ordenamiento jurídico en dicho momento. (Exp. 26690, 2013, p. 32)

Así pues, y sin otro tipo de argumentación jurídica termina concluyendo:

En el presente asunto, no se observa cuál es el la falla del servicio o el rompimiento de las cargas públicas causado a la parte demandante, por cuanto se insiste, los hechos acaecidos en vigencia de las normas, se encontraban amparados por la presunción de legalidad y seguridad jurídica, principios sobre los cuales recaen todas las actuaciones públicas de las autoridades que en cumplimiento de la ley deban ejercer la actividad encomendada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presunción de legalidad de la ley no se desvirtuó sino hasta cuando se ejerció la acción de inconstitucionalidad. (Exp. 26690, 2013, p. 32)

Observemos, como nuevamente de forma lapidaria el juicio de responsabilidad sólo se limita a verificar los efectos de la sentencia de inexequibilidad, argumentando que el asociado tenía que soportar el perjuicio dado que la norma hasta tanto no fuere declarada inexecutable era totalmente válida.

El máximo tribunal solo analiza la antijuricidad desde una sola arista; ésto es, solo se detiene a mirar que la parte más débil en la confrontación (el asociado) tiene que soportar indemne los efectos de una norma elaborada contrariando la Constitución. Pero no se detiene a mirar que el legislador no se encuentra facultado para dañar a los asociados.

En esa misma línea argumentativa encontramos el expediente 29355 de 2014 del Consejo de Estado, donde la Sección Tercera del Consejo de Estado Consejero Ponente Orlando Santofimio Gamboa, se pronunció nuevamente sobre la ya mencionada tasa ETESA. En esta en esta ocasión la empresa demandante fue EPSON COLOMBIA LTDA quien también solicitó que se declarase patrimonialmente responsable al Congreso de la República, por los daños que le fueron causados por la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001.

La Sala esgrimiendo los mismos argumentos planteados en la sentencia del caso AVANTEL S.A acabada de comentar termina complementando su tesis con lo siguiente:

no puede deducirse una responsabilidad del Estado cuando el alto Tribunal Constitucional haya declarado la inexecutable de una norma sin retroactividad, por cuanto los efectos generados hasta la declaratoria de la misma son válidos, y por lo tanto, el juez administrativo no puede desconocer que los efectos de la sentencia son hacia el futuro cuando no se exprese por parte de la Corte Constitucional lo contrario, siendo esta una facultad exclusiva otorgada por disposición del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, el cual señala que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a*

su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. (Exp. 29355, 2014, p. 32)

Así pues, en idéntica forma su conclusión es que mientras la norma sea válida ni hay falla en el servicio, ni tampoco hay rompimiento de las cargas públicas; conclusión, que no se compadece con los postulados de nuestro Estado Social y de Derecho, ni es coherente con las líneas trazadas con anterioridad al menos en lo que respecta con el daño especial, puesto que si la juricidad dependiera de la validez de la norma entonces no existiría la responsabilidad por daño especial y así se rompería todo lo construido desde el fallo Flaurette hasta la fecha.

Se queda corto además el Consejo de Estado cuando analiza el daño antijurídico que se pudo haber causado, a la vez que utiliza de manera conveniente el principio de seguridad jurídica en la que funda su posición.

Así, sobre lo primero sólo analiza la juricidad del daño en virtud del principio innegable de validez de una norma. Pero pasa por alto que la antijuricidad del mismo es independiente de ello. La antijuricidad deviene desde el instante mismo de la creación de la norma; ella nació con defectos graves a la vía jurídica así tenga que aplicarse defectuosamente mientras se hace el juicio constitucional respectivo. Pero eso no significa que el legislador no haya fallado en su creación. Así las cosas si al legislador se le asignó la función de crear normas equitativas y justas cuyo único fin es beneficiar al ciudadano fin último del Estado, es claro que si en ese intento falla y de manera contraria le causa un daño la antijuricidad por si se configura y en consecuencia debe repararlo.

En concreto, el juicio de responsabilidad debe elaborarse con respecto al cumplimiento de las normas constitucionales que le imponen al legislador la elaboración de normas que hagan efectivos los fines de nuestro Estado Social y de Derecho. La transgresión de esos mandatos, es lo que hace antijurídico el daño en caso de existir y ser probado. Ubicar la antijuricidad en la validez de la norma no solo es desconocer los principios de Estado Social y de Derecho y de supremacía constitucional antes vistos sino también permitir que el legislativo de manera malintencionada introduzca libremente normativas que afecten el patrimonio de todo o de un sector de los asociados amparándose en la certeza de que sí la norma llegare a ser declarada inexecutable ninguna sanción caerá sobre ellos, por más graves que hayan sido los daños causados en su vigencia.

Sobre lo segundo, el máximo Tribunal Contencioso Administrativo utiliza de manera conveniente la filosofía del principio de seguridad jurídica en aras de salvaguardar los intereses del órgano legislativo eximiéndolo de una responsabilidad sobre un evidente detrimento patrimonial al asociado, pues olvida que la situación jurídica consolidada en estos casos es nada más ni nada menos que un daño al asociado que al ser producto de un actuar irregular del legislador contrariando la norma superior de por si resulta antijurídico.

Finalmente, llama la atención que la Sala entre en defensa de los congresistas considerados individualmente cuando dice:

Además no se puede olvidar que los congresistas gozan en el ejercicio de sus funciones de inviolabilidad parlamentaria en cuanto a sus votos y opiniones y por lo tanto, éstos no

podrán ser usados en su contra por ninguna autoridad para investigarlos, juzgarlos y condenarlos. (Exp. 29355, 2014, p. 32)

Claro está que las opiniones de los congresistas y sus votos son inviolables; pero esto, está al margen de la responsabilidad que le compete al congreso como órgano; ésta última referencia del máximo tribunal deja entrever una sentencia más política que jurídica.

Posición jurisprudencial en la que los efectos del fallo de inexecutable no tienen trascendencia en el juicio de responsabilidad.

Esta posición busca reducir los espacios de irresponsabilidad del Estado y su sustento es el principio de supremacía de la Constitución.

En una visión más garantista y del deber ser del sistema de responsabilidad como pilar de nuestro Estado Social y de Derecho. No limita el análisis de la antijuricidad del daño a la vigencia de la norma o validez de la norma; al contrario, evidencia la existencia de otros argumentos jurídicos que permiten concretar la responsabilidad del Estado-legislador de manera distinta desde el punto de vista constitucional.

En el expediente 27720 del 24 de abril de 2013 de la Sub Sección A Sección Tercera del Consejo de Estado, encontramos una primera aproximación a favor de la responsabilidad del Estado Legislador por los daños causados por normas inexecutable con efectos ex nunc.

En la sentencia en cuestión, se determinó si el Estado era responsable por los supuestos perjuicios causados a la parte actora con la expedición del inciso final del párrafo segundo del artículo 39 de la Ley 443 de 1998, posteriormente declarada inexecutable, que le impidió ejercer su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, la alta corporación comenzó pronunciándose de manera enfática en contra de toda irresponsabilidad del legislador de la siguiente manera:

[...] la Sala considera imposible acoger tesis concernientes a la irresponsabilidad del Estado legislador puesto que éste como cualquier otra autoridad pública está llamado a respetar los principios que irradian el ordenamiento jurídico y a responder, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, por aquellos daños antijurídicos imputables a su actuar. (Exp. 27720, 2013, p. 30)

Seguidamente, estableció tres eventos en los que el legislador puede ser responsable patrimonialmente. El primero de ellos, cuando la norma así lo establezca (casos del artículo 58 de la C.P sobre expropiación y 338 de la misma C.P sobre monopolios). El segundo cuando la norma aun siendo executable genera un daño y tercero cuando la norma es declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Tratándose de una norma inexecutable, la Sala señala que aunque la Corte Constitucional es la única facultada para limitar los efectos de sus sentencias de constitucionalidad y es de suyo la decisión de imponerle efectos retroactivos, ello no es límite ni excusa “para que el juez contencioso administrativo [...] establezca las repercusiones que el retiro retroactivo del precepto

retirado del ordenamiento puedan tener frente a aquellos afectados por la norma y ordenar las reparaciones pertinentes”.

En este caso, la razón jurídica o título de imputación para hacer responsable al Estado será la falla del servicio “sin que haya lugar a distinguir entre la inexecutableidad por vicios de fondo o de procedimiento”. Agrega además el máximo tribunal que en estos eventos no sólo hay posibilidad de declarar responsable al legislador por falla en el servicio sino también que puede darse el caso que en el lapso de tiempo que la norma estuvo vigente haya roto el equilibrio de las cargas públicas a un asociado, y en este caso el título será por daño especial.

Si bien es cierto la sentencia en mención es partidaria de extender la responsabilidad del legislador sobre cualquier sentencia de inexecutableidad donde se haya vislumbrado un perjuicio patrimonial, a ciencia cierta no se encuentra en ella una argumentación o explicación académica del porque bajo esta circunstancia debería responder él legislativo.

Sin embargo, poco tiempo después en el expediente 26689 de 2014 de la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, encontramos una argumentación sólida a favor de la responsabilidad del legislador en lo concerniente a normas declaradas inexecutableibles con efectos ex nunc. El objeto de la controversia versó sobre la pretensión del demandante TRANSEJES S.A para que se declarara patrimonialmente responsable al Congreso de la República, por los daños que le fueron causados por la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 en virtud de los cuales se creó y reguló la Tasa Especial por Servicios Aduaneros - TESA - y que posteriormente fueron declarados inexecutableibles mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre

de 2001. Daños que según el demandante consisten en el valor de la tasa que le tocó sufragar durante el tiempo que estuvo vigente la citada normativa.

En esta providencia -al igual que en la anterior- el Consejo de Estado no discute la competencia de la Corte Constitucional para modular las sentencias de constitucionalidad y la de sus consecuencias y efectos con respecto a situaciones jurídicas consolidadas, pero de idéntica manera tampoco ve en ello justificación alguna para no inferir responsabilidad del legislador. De manera concreta el Consejo de Estado señala:

[...] -La eventual modulación de los fallos de nulidad o de inexecutableidad en nada puede afectar o incidir en la declaratoria de responsabilidad de la entidad emisora de la norma de carácter general que a la postre resulta contraria a mandatos superiores, legales y/o constitucionales, según corresponda;

- Los ciudadanos no se encuentran en el deber de soportar la carga que les impone un conjunto normativo que ha debido ser expulsado del ordenamiento jurídico, razón por la cual se entiende configurado un daño antijurídico;

- Considerar que el deber de cumplir las obligaciones impuestas por normas que posteriormente resultan declaradas ilegales o inconstitucionales constituye una carga que los ciudadanos están en el deber de soportar, comportaría *“enviar un mensaje completamente equivocado a la ciudadanía, en el sentido de que le puede resultar más rentable y conveniente evadir o no cumplir las obligaciones tributarias —o cuestionar su*

conformidad a Derecho, administrativa o judicialmente, con o sin fundamento, a fin de evitar que la situación jurídica individual se consolide—, que atenderlas cabalmente”; y,

- El régimen de responsabilidad aplicable para este tipo de eventos lo constituye la falla del servicio, imputable a la autoridad emisora de la disposición normativa de carácter general que haya sido objeto de expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la autoridad judicial competente. (Exp. 26689, 2014, pp. 47-48)

La posición de la Sala es clara: la antijuricidad del daño proviene de que el legislador si bien ésta facultado para expedir normas que de por sí pueden resultar ser una carga para los asociados, dicha facultad tiene límites en la misma Constitución; de lo que resulta totalmente injustificado hacer soportar cargas a los ciudadanos de una norma que desde su nacimiento infringía gravemente el texto constitucional.

En estos casos, el asociado no tiene el deber jurídico de soportar los perjuicios que le cause una norma abiertamente inconstitucional debido a una falla de su creador. Al legislador le fue confiado el deber de crear normas justas para beneficio de los asociados y no lo contrario; proceder de ésta última manera y llegándose a producir un daño, la antijuricidad se configura, no solo porque el asociado no está obligado a soportar el daño sino porque el Estado legislador en el ejercicio de sus funciones le está prohibido dañar (Tamayo, 2000, p 33).

Luego, el legislador debe ser cuidadoso en la expedición de su producto; esto es, adecuar el procedimiento normativo a los requerimientos constitucionales. De no hacerlo su conducta puede devenir en un daño antijurídico. Conducta que se configura como una falla en el servicio;

servicio que le fue confiado al legislador no solo por la Carta Política sino también por los mismos ciudadanos.

Fuera de los argumentos esgrimidos, la alta corporación critica la tesis contraria del propio Consejo de Estado que sostiene que las sentencias ex nunc no pueden dar lugar a responsabilidad. Basa su crítica, afirmando que el juicio que se debe hacer sobre la existencia del daño antijurídico no se puede reducir simplemente a verificar de qué manera fue modulada la sentencia de constitucionalidad.

Considera que además que la tesis fundamentada en ésta razón presenta una incoherencia lógica, pues aunque el juzgador afirma que si es posible derivar responsabilidad de normas declaradas inexequibles, supedita su génesis a dos eventos de imposible ocurrencia: a) que se generen daños después de declararse la inexequibilidad. A lo que surge la pregunta ¿qué daños se podrían generar si ya la norma salió del ordenamiento?. b) que la Corte Constitucional declare la sentencia de inconstitucionalidad con efectos retroactivos. ¿Cuántas de estas sentencias se conocen por parte de la Corte? La crítica de la Sala no es para menos: si la responsabilidad se va poner a depender de que la Corte Constitucional declare efectos retroactivos, pues entonces nunca habrá lugar a su declaración dado que los fallos ex tunc son excepcionales.

Para el Consejo de Estado en esta ocasión es claro que los efectos temporales de la sentencia de inexequibilidad únicamente deben tener trascendencia para establecer desde que momento prescribe el derecho de acción,

[...] en la medida en que desde la ejecutoria de la sentencia que ordena la expulsión del ordenamiento de la norma creadora del tributo se debe comenzar el cómputo de los dos años que el ordenamiento jurídico establece para la presentación oportuna de la demanda de reparación directa (Exp. 26689, 2014, p. 50).

Por último, la Sala considera que la situación jurídica consolidada no puede incidir en la reparación del daño; porque si bien las situaciones consolidadas de manera general deben ser respetadas en virtud del principio de seguridad jurídica, diferente es cuando la situación consolidada es un daño antijurídico. En este caso, ya no es dable argumentar que simplemente el daño está consolidado y por ende debe quedar impune.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado en esta oportunidad es clara en afirmar que si es posible derivar responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador a título de falla del servicio cuando la norma ha sido declarada inexecutable independiente de los efectos temporales de la misma, siempre y cuando obviamente se de los otros elementos de la responsabilidad.

Posteriormente, en sentencia del 2014, la Subsección A, Sección tercera del Consejo de Estado Expediente 28741 Consejero Ponente Enrique Gil Botero, se pronunció sobre unos hecho similares a la sentencia descrita anteriormente, siendo esta vez el demandante la empresa GOODYEAR S.A quien también solicitó que se declarase patrimonialmente responsable al Congreso de la República, por los daños que le fueron causados por la expedición de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000, y que posteriormente fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-992 del 19 de septiembre de 2001.

En esta bien fundamentada sentencia se comienza destacando el deber que tiene el órgano legislativo de someterse como los otros órganos del Estado a la Constitución. Como consecuencia de ello, las normas que expida y que sean contrarias a la Carta Política constituyen un desconocimiento de ese deber y ello es lo que hace que se constituya la falla en el servicio que configura el daño antijurídico. De esta manera, la Sala expresa que:

[...] nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexecutable, constituye *per se* una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico

En esta ocasión la Sala tampoco discute la procedencia de fijar límites temporales *ex nunc* a las sentencias de inexecutable, con el fin de garantizar la seguridad jurídica; de hecho, encuentra que ello es lo correcto (garantizar la estabilidad de situaciones jurídicas consolidadas); mas sin embargo afirma que ello

No obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación. (Exp. 28741, 2014, p.57)

El máximo tribunal llega a esta conclusión al hacer una interesante distinción entre la actuación de quien crea la norma y la actuación de quien la ejecuta.

Distinción importantísima, por la simple razón que la seguridad jurídica se debe predicar de los actos relativos a quien ejecuta la norma y no sobre los actos de quien la crea la crea. Los primeros gozan de plena legalidad dado que fueron realizados de buena fe y en cumplimiento de una norma que se presumía válida. Los segundos, fueron realizados contra derecho infringiendo los mandatos que la Carta le confió y es sobre estos que se debe aplicar el juicio de responsabilidad.

Para darle fuerza a su tesis, la sala hace un estudio cuidadoso de la sentencia C-066 de 1997, en la que la Corte Constitucional se pronuncia sobre los efectos *ex nunc* de la nulidad de los actos administrativos y la independencia de tales efectos con respecto a la posible reparación de perjuicios ocasionados por el acto anulado mientras estuvo vigente. Dice la sentencia de la corte en concreto lo siguiente:

[...] son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser *ex nunc*, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos *ex tunc*, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional. (Sentencia C-066, 1997)

De tal forma, que en atención a la posibilidad que abre la Corte de independizar el juicio constitucional del juicio de responsabilidad, el Consejo de Estado razonó en esta ocasión de la siguiente manera:

[...] la cláusula que establece que las sentencias de exequibilidad sólo tienen efectos hacia el futuro, no tiene como propósito impedir el acceso a la reparación del daño o negar la existencia de responsabilidad del legislador y menos la antijuridicidad de aquél, sino que pretende imprimirle estabilidad y seguridad a las relaciones que ya se consolidaron con fundamento en la disposición que fue expulsada del ordenamiento jurídico, las cuales permanecerán incólumes, pero quedando siempre la posibilidad de que quien se vio afectado con la norma pueda acudir al juez administrativo para que este ordene al creador de la misma resarcir los perjuicios, pues, se itera, aceptar lo contrario sería legitimar los efectos nocivos que una norma contraria a la Constitución produzca, situación que no puede avalarse en un Estado social de derecho, que está gobernado por la supremacía constitucional como principio orientador. (Expediente 28741, 2014, p 59)

Para el máximo tribunal la norma declarada inconstitucional nació vulnerando la supremacía de la Constitución y continuó haciendo lo mismo hasta la fecha de la declaratoria de inexecutable. De tal modo que los daños irrogados a los asociados que son independientes a la carga normal que se supone debían soportar de una norma constitucional tienen el carácter de antijurídicos y por tanto deben ser indemnizados.

Bajo estos sólidos argumentos, la posición de la Sala se traduce en que:

[...] los daños provenientes del hecho de la ley –bien por omisión legislativa, por la ley exequible o constitucional, y por la ley declarada inexequible, con independencia de los efectos del fallo del tribunal constitucional– son de naturaleza antijurídica y, consecuentemente, reparables de manera integral a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Agrega además la alta corporación que la posición antagónica de negar la responsabilidad del legislador sobre aquellas normas declaradas inexequibles generadoras de daños, obedece a una incoherencia lógica y a un craso error conceptual relativo a la correcta interpretación de lo que es el daño antijurídico en sí y sus componentes. Así en palabras de la Sala,

El yerro conceptual se deriva de asimilar e identificar la validez o vigencia de la norma con la juricidad del daño; lo anterior, comoquiera que se entiende equivocadamente que los efectos hacia futuro de la sentencia de constitucionalidad (*ex nunc*), al no afectar la vigencia pasada de la disposición generan que se tenga el deber de soportar los efectos negativos. (Exp. 28741, 2014, p.68)

La crítica de la Sala no es para menos: una cosa jamás, “pueder ser” y “no ser” al mismo tiempo; una afirmación en tal sentido carece de la más mínima lógica, elemento este trascendental en el derecho. Afirmar que la antijuricidad o juricidad del daño depende de la validez de la norma inconstitucional contraría sin lugar a dudas el hecho claro y superado de que aun siendo la norma valida puede causar daños al asociado bajo el título de daño especial.

La antijuricidad o juricidad del daño en consecuencia no está sujeta a la vigencia de una norma,

Lo que determina la antijuricidad del daño es lo siguiente: i) que esa alteración o afectación negativa a un estado de cosas favorable sea injusta, esto es, que lesione un interés jurídicamente tutelado, lícito y legítimo, y ii) que el ordenamiento jurídico en su conjunto (...) no le impongan a la persona el deber jurídico de soportarlo. (Exp. 28741, 2014, p.68)

De tal manera, en ésta última sentencia se conjugan varias razones jurídicas de valiosa importancia por las que el legislador debe responder cuando con su actuación haya causado un daño a los asociados y que se pueden resumir de la siguiente manera:

A). Los asociados no están obligados a soportar los perjuicios ocasionados por una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues este sólo hecho contraría el principio de la supremacía constitucional, que como vimos en el segundo capítulo constituye uno de los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de expedir una norma inconstitucional que luego es declarada inexecutable, constituye de por sí una falla en el servicio.

B) La modulación de los fallos de inexecutableidad en nada puede afectar o incidir en la declaratoria de responsabilidad del órgano creador de la una norma declarada inconstitucional, toda vez que una cosa es garantizar la estabilidad de la situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación.

C) La juricidad del daño no depende de la vigencia de la norma pues de ello ser así no existiría responsabilidad por normas constitucionales y en consecuencia se caería todo ese juicioso trabajo jurisprudencial donde el Consejo de Estado ha condenado al legislador por daño especial o violación al principio de confianza legítima.

Conclusiones

Con respecto al primer objetivo planteado hemos encontrado que al legislador no puede considerársele exento de responsabilidad en sus actuaciones porque no ejerce soberanía; por tanto, está obligado a respetar la Constitución y como órgano integrante de la estructura del Estado puede ser declarado responsable cuando, en ejercicio de sus funciones legislativas, cause un daño antijurídico a los particulares. Sostener lo contrario, sería concebir un Estado Social de Derecho en cuyas bases estructurales se ubica la responsabilidad estatal pero donde contradictoriamente prevalece la noción de un legislador irresponsable.

En nuestra Constitución, existen elementos normativos suficientes que permiten declarar responsable al legislador por los daños antijurídicos que cause cuando con la expedición de una norma vulnere los cometidos estatales. Principios como el de Estado Social y de Derecho, supremacía constitucional e igualdad, así como el mismo espíritu de la cláusula general de responsabilidad así lo indican. Muestra de ello, son las sentencias del Consejo de Estado donde se ha declarado responsable al legislador por normas tanto exequibles como inexequibles, lo que indica que no es necesario (aunque sería lo ideal) tener una norma que regule la responsabilidad del legislador puesto que jurisprudencialmente con base a elementos constitucionales es posible hacerlo.

Dando respuesta al segundo objetivo, deberemos decir que el legislador puede causar un daño antijurídico a los asociados, bien sea que la norma expedida sea constitucional o inconstitucional; pues en nuestro ordenamiento jurídico no importa que la actividad del Estado

sea lícita para que se configure un daño; lo importante es que ese daño sea antijurídico, esto es, que el asociado no esté en la obligación de soportarlo. En otros términos, será daño antijurídico o injusto todo aquel que lesione un interés legítimo (v.gr. el patrimonio) y que, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, no tenga justificación o fundamento jurídico para su irrogación.

Siendo la norma constitucional, y una vez configurados los elementos indispensables para que con ella se haya roto el principio de igualdad ante las cargas públicas a un asociado, el título de imputación para atribuirle responsabilidad al legislador será el daño especial, cuando lo que se hayan vulnerado sean derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas; y será a título de defraudación al principio de confianza legítima cuando se hayan afectado a expectativas legítimas y estados de confianza.

Tratándose de normas inconstitucionales donde se han violentado los valores, principios y derechos que en la Constitución reposan, generando con su aplicación un daño antijurídico a un particular; las consecuencias no deben ser solamente la declaratoria de inexequibilidad sino también, que el legislador debe responder patrimonialmente por los perjuicios causados a manera de sanción. En este caso, el título de imputación será la falla en el servicio, teniendo en cuenta que hubo un mal funcionamiento en la actividad legislativa.

En lo referente al tercer objetivo, hemos encontrado que un sector de nuestros consejeros de estado se inclinan a exonerar al legislador de la responsabilidad patrimonial que pueda atribuírsele a los daños ocasionados en razón de leyes que posteriormente son declaradas inexequibles, amparados en el principio de seguridad jurídica aunado al criterio tradicional y conservador de que durante su vigencia la norma fue válida.

Pese a tal visión de por sí favorable a los intereses del legislador en detrimento de los asociados que son la esencia misma del Estado, para un sector mucho más garantista y que concibe el daño antijurídico desde otra óptica, es diáfano que ningún asociado está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. Para éstos, una norma expedida con tales características no es reconocida como derecho y en consecuencia nadie está obligado a soportar sus daños. Además, su errada elaboración constituye *per se* una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico.

De tal modo que si una ley inexecutable causó un daño debe declararse patrimonialmente responsable al legislador independiente de su vigencia, pues desde el mismo momento de nacer, la ley devino en inconstitucional y ello mismo es lo que torna el daño en antijurídico, pues al legislador dentro de las atribuciones dada por la Constitución no le fue asignada la de dañar; al contrario, los preceptos de la Carta le son dirigidos a proteger a los asociados quienes son el fin último del Estado.

Finalmente hemos encontrado que sin discusión y en términos generales el Consejo de Estado no tiene dudas en cuanto a la responsabilidad que puede tener el Estado legislador en el marco de la actividad legislativa. Siempre ha sido claro en reconocer el poder vinculante supremo de la Constitución, de sus principios, normas y valores que en ella descansan; estando el legislador, sometido a lo establecido en dicha Ley Fundamental. Sin embargo; se requiere en su interior, la unificación de criterios sobre todo en lo que respecta a la valoración del daño

antijurídico dado que en su indeterminación y correcta valoración gravita el desconocimiento en algunos eventos de la responsabilidad por normas inexecutable. Lograr lo anterior; no solo contribuirá a estructurar un sistema de responsabilidad del legislador, si no que evitará el grado de inseguridad jurídica que se está viviendo en este aspecto.

Referencias bibliográficas

Alonso, M. C., y Leiva-Ramírez, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), pp. 77 – 106. Recuperado de: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/176>.

Bernal Pulido, C. (2006). *El derecho de los derechos*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externando de Colombia.

Botero Aristizabal, L.F. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá D.C, Colombia: Legis.

Brewer-Carias A.R, y Santofimio Gamboa J.O. (2013). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cano Bernal, N. (2003). *El control de constitucionalidad de la ley: estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional Colombiana*. Bogotá D.C, Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Correa Vargas, R.A. (2012). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C, Colombia: Leyer.

Cuesta, A.A. (2016). Responsabilidad del Estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano. *Revista Ratio Juris* 11(23), pp. 75 – 94.

Delgado del Rincón, L.E. (2002). *Constitución poder judicial y responsabilidad*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucional.

Dromi, R. (2015). *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Hispania Libros.

Fernández Madero, J. (2002). *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia: Temis.

Gómez, E. (1995). *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*. Medellín: Colombia. Biblioteca Jurídica Dike

Henaó Pérez, J.C. (1996). *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. AAVV II Jornadas colombo-venezolana de derecho público*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

López Mesa, M. J. (2009). *Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo*. Bogotá D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Dike.

Monroy Cabra, M.G. (2002). *La interpretación constitucional*. Bogotá D.C, Colombia: Temis.

Paillet, M. (2001). *La responsabilidad administrativa*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externando de Colombia.

Parra Gutiérrez, W.R. (2003). *Responsabilidad patrimonial estatal: daño antijurídico*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Autónoma de Colombia.

- Pérez, J. (2014). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá D.C, Colombia: Temis.
- Pérez Restrepo, B. (1996). *Apuntaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador*. Responsabilidad Civil y del Estado (2), pp. 75 – 94.
- Pinzón Muñoz, C.E. (2014). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Quinche Ramirez, M.F. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá D.C, Colombia: Temis.
- Ruiz, Wilson. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá D.C, Colombia: Ecoediciones.
- Saavedra Becerra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sarmiento Erazo, J.P. (2010). *Responsabilidad patrimonial del Estado por Omisión Legislativa*. Bogota D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Depalma (Argentina).
- Serrano Escobar, L.G. (2004). *Aspectos críticos de la responsabilidad médica en la actualidad*. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo Jaramillo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado*. Medellín, Colombia: Temis.

Viana Cleves, M.J. (2007). *El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Valbuena Hernández, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima: Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Villota Benavides, M.S. (2012). *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado Social de derecho*. Revista facultad de derecho y ciencias políticas UPB. 42 (117), pp. 455 – 479.

Referencias jurisprudenciales

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 10948 de 1999. Responsabilidad Extracontractual del Estado. M.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 29996 de 2016. Daño Antijurídico/ Acción de reparación directa. M.P. Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 24655 de 2012. Responsabilidad Patrimonial del Estado. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 7742 de 1993. Daño antijurídico/Principio de Igualdad ante las Cargas Públicas. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 22637 de 2015. Responsabilidad Patrimonial del Estado/ Expectativas Legítimas/Defraudación al Principio de Confianza Legítima/Hecho del Legislador. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente IJ-001 de 1998. Responsabilidad por el Acto del Legislador/Principio de Igualdad ante las Cargas Publicas. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 27228 de 2013. Responsabilidad Patrimonial por el Hecho del Legislador/Daño Especial y Confianza Legítima. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 27220 de 2013. Responsabilidad Patrimonial del Estado/Hecho del Legislador. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 26689 de 2014. Responsabilidad patrimonial del Estado/Falla del Servicio del Legislador/Daño Antijurídico. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 20945 de 2000. Fallos de Constitucionalidad/Excepción de Inconstitucionalidad. M.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 22163 del 28 de marzo de 2012. Responsabilidad Extracontractual del Estado/Daño Antijurídico. M.P. Enrique Gil Botero.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 26690 de 2013. Hecho del Legislador/Daño Antijurídico/Presunción de legalidad de la Ley. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 29355 de 2014. Hecho del Legislador/Daño Antijurídico. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 28741 del 26 de marzo de 2014. Responsabilidad por el Hecho del Legislador/Daño Antijurídico. M.P. Enrique Gil Botero.

Colombia. Consejo de Estado. Expediente 21747 del 07 de marzo de 2014. Responsabilidad por el Hecho del Legislador/Daño Antijurídico. M.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T - 06 de 1992. Supremacía Constitucional. M.P.
Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 521 de 1998. Principio de Dignidad Humana.
M.P. Antonio Barrera Carbonel.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 426 de 1992. Estado Social de Derecho. M.P.
Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 556 de 1998. Dignidad Humana. M.P. José
Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 133 de 2006. Dignidad Humana. M.P. Humberto
Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 832 de 2001. Estado Social de
Derecho/Responsabilidad patrimonial del Estado. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 415 de 2012. Supremacía Constitucional. M.P.
Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 197 de 1993. Derecho a la Igualdad/Principio de
Igualdad ante las Cargas Públicas. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 475 de 1992. Principio de la Buena Fe. M.P.
Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 131 de 2004. Principio de la Buena Fe/Principio de la Confianza Legítima. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 569 de 1993. Derechos Adquiridos. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 038 de 2006. Responsabilidad Patrimonial del Estado/Daño Antijurídico/Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 333 de 1996. Responsabilidad Patrimonial del Estado/Daño Antijurídico/Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 430 de 2000. Responsabilidad Patrimonial del Estado por Daño Antijurídico. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 543 de 1996 Omisión Legislativa. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 360 de 1999 Principio de Confianza Legítima. M.P. Alejandro Martínez Caballero.