

Elementos y origen de la responsabilidad del Estado por hecho del Legislador en Colombia

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



**Elementos y origen de la responsabilidad del Estado por hecho del
Legislador en Colombia**

Danilo Esteban Quintero Jaramillo
Octubre 2020

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana - UNAULA
Medellín

RESUMEN

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia consagra la cláusula de responsabilidad del Estado, en virtud de la cual, todas las autoridades públicas deben responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que irroga a los particulares. En desarrollo de ese precepto, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han reconocido que el Congreso de la República puede ser declarado responsable en los eventos en que cause esa clase de daños con ocasión del ejercicio de su función legislativa.

Este escrito es producto de un trabajo investigativo en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador. Para su elaboración se empleó el método cualitativo, orientación que da la libertad de rastreo de documentación del tema que nos concierne, y tiene como máxima pretensión la de contribuir en la comprensión y problematización de una institución que por su dimensión histórica, política y jurídica sigue generando debates.

Para abordar la cuestión planteada, primero se presenta una reconstrucción histórica de la responsabilidad estatal como producto de las transformaciones en las formas de organización política y los desarrollos que esto implicó para la ciencia jurídica en el ámbito del derecho público. Luego, se aterrizan estos conceptos a algunos ordenamientos extranjeros y se describe la forma cómo se ha desarrollado la institución en el sistema jurídico colombiano mediante una lectura crítica de sus elementos constitutivos.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado por hecho del legislador, historia de la responsabilidad del Estado, daño antijurídico, regímenes de responsabilidad del Estado, función legislativa, ley como hecho dañoso, responsabilidad por norma

ABSTRACT

The article 90 to the political constitution of Colombia enshrines the liability clause of state by virtue of which, all public authorities must be liable for the unlawful damages that irrogates individuals. In development of that precept the jurisprudence of council of state and the constitutional court have recognized that republic congress can be declared responsible in the events that causes that kind of damages during the exercise of its legislative function.

This writing is product an investigative work around patrimonial responsibility of the State by the fact of the legislator. For its elaboration qualitative method was used, orientation that gives freedom tracking of documentation to the subject that concerns us, and has as maximum claim is to contribute to the understanding and problematization of an institution that due to its historical, policy and legal dimension, continues to generate debate

To address the issue raised first a historical reconstruction of state responsibility is presented as a product of the transformation in the political organization forms and the developments that this implied for legal science in the field of public law. Then, these concepts are they land to some foreign regulations and the way in which the institution has developed in the Colombian legal system is described through a critical reading of its constituent elements.

Keywords: Responsibility of the State by act of the legislator, history of State responsibility, unlawful damage, State liability regimes, legislative function, law as a harmful event, liability by enforceable rule, liability by unenforceable rule, liability by legislative omission.

exequible, responsabilidad por norma
inexequible, responsabilidad por omisión
legislativa.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	4
I. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	4
1.1. Responsabilidad del Estado en el feudalismo	4
1.2. Responsabilidad del Estado en el absolutismo	5
1.3. Surgimiento de la responsabilidad del Estado, revoluciones	7
1.4. Estado Social de Derecho, la Constitución como norma de normas	10
1.5. Desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado en Colombia	10
1.5.1 Daño Antijurídico.....	12
1.5.2 Daño personal.....	14
1.5.3 Daño cierto	14
1.5.4 Clase de daños.....	15
1.5.4.1 Daños Materiales	15
1.5.4.2 Daños inmateriales.....	15
1.6. Regímenes actuales de Responsabilidad del Estado	17
1.6.1 Régimen subjetivo de responsabilidad del Estado	17
1.6.2 Falla en el servicio	18
1.6.2.1 Falla presunta del servicio	20
1.6.2.3 Daño especial.....	21
1.6.3 Riesgo excepcional.....	23
1.6.4 Expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra	24
1.6.5 Ocupación por trabajos públicos	24
CAPITULO II.....	26
2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DEL LEGISLADOR CASO COLOMBIANO..	26
2.5 Antecedentes, dificultades en aplicación de responsabilidad por hecho del Legislador	26
1.5 Derecho comparado en aplicación de Responsabilidad por Hecho del Legislador 29	29
1.5.1 Francia	29
1.5.2 España.....	30
1.5.3 Chile	31
1.5.4 Uruguay	31
1.6 Reconocimiento de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en Colombia	31
1.7 Función legislativa.....	35
1.8 La ley como hecho dañoso	36
1.9 Responsabilidad del legislador por norma inconstitucional.....	37
1.10 Responsabilidad del legislador originada en una norma constitucional.....	43

1.11	Responsabilidad del Estado por omisión legislativa	48
1.11.1	Omisión Absoluta	49
1.11.2	Omisión relativa.....	50
CONCLUSIONES.....		55
REFERENCIAS		58

Introducción

El tema en este trabajo de grado se ocupará de esbozar históricamente la teoría general de responsabilidad del Estado, exponiendo las responsabilidades del ente gobernante desde el feudalismo, absolutismo y teniendo como punto de partida de la teoría general de responsabilidad del Estado, la Independencia de los Estados Unidos de América y la revolución Francesa de 1789 y su evolución hasta llegar al Estado social de derecho, en un primer capítulo, y como estas teorías se aplicaron a nuestro país, en el segundo capítulo, se expondrá de una forma más centrada el desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado por hecho del Legislador, el reconocimiento en Colombia, su composición y elementos necesarios para que surja, exponiendo los argumentos y soluciones dadas por nuestras altas cortes, al caso colombiano, referente a la responsabilidades del congreso a partir de las herramientas brindadas por la Constitución política del año 1991 con casos y ejemplos en que el Órgano legislativo del poder público ha sido declarado responsable, adicional a ello un esbozo de derecho comparado sobre el tema central del trabajo.

Ya que esta tarea no ha sido fácil, la responsabilidad del Estado por hecho del legislador a lo largo de la historia no ha tenido la misma aceptación doctrinal o jurisprudencial; siempre se dio por sentado que el poder ejecutivo y judicial eran responsables de sus acciones y omisiones, pero no sucedió lo mismo con el legislativo durante estos más de dos siglos de historia republicana del hemisferio occidental y más precisamente del caso colombiano, no ha sido hasta las últimas tres décadas en las cuales se ha logrado un consenso jurisprudencial en nuestro país sobre la responsabilidad del legislador, por ese motivo la diferencia del desarrollo histórico en cada una de las responsabilidades de las ramas del poder público, hizo que mi interés por conocer y desarrollar sobre el tema creciera.

Cuando ingresé a la universidad, a medida que iba aprendiendo con cada una de las asignaturas se hablaba principalmente sobre las responsabilidades de la rama ejecutiva y judicial, pero el momento donde definitivamente decidí que mis esfuerzos de investigación se centrarían en desarrollar el tema de la responsabilidad por hecho del legislador, es cuando el profesor de Derecho administrativo colombiano el Doctor Rodolfo Correa resaltó en una de sus clases lo atrasado que se vio el tema por varias décadas frente a la responsabilidad del Estado en la rama judicial y ejecutiva, y lo poco que era expuesto en las cátedras de derecho administrativo o de responsabilidad del Estado. Allí se consolidó mi interés por desarrollar el presente trabajo investigativo teniendo como objetivo general, identificar cuáles son los elementos conceptuales, jurídicos y teóricos para que se origine la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en el caso colombiano.

Para ninguna persona dedicada al ámbito jurídico es un secreto lo habitual que se ha generado que nuestra corte contradiga al congreso por medio de normas declaradas inconstitucionales, vemos con esto que a nuestros congresistas les interesa poco las consecuencias que se originan por la responsabilidad patrimonial del Estado en indemnizar los daños que la ley cause, por eso es importante que la comunidad de abogados resaltemos la importancia de una legislación responsable y ajustada a nuestra carta magna en termino de fondo y forma, y eso solo se puede lograr creando conciencia, brindada mediante este tipo de trabajos que dan luces sobre el régimen de responsabilidad que le aplica a nuestros congresistas, cabe destacar que los yerros del Estado los pagan son los contribuyentes y por

estas razones se hace imperioso tener un poder público que mediante sus funciones públicas valga la redundancia, se ajusten con celo a la protección de las cargas igualitarias de los ciudadanos a quien sirven y es así donde el presente proyecto toma una importancia intrínseca ya que el régimen de responsabilidad en Colombia al no exceptuar a ninguna entidad pública requiere de un complejo de personas (empleados con función pública) que cuiden por un lado los derechos de los ciudadanos y por consiguiente los recursos públicos, aunque el trabajo nunca se centra sobre las repercusiones en el balance fiscal por declaratorias de responsabilidad del Estado, si pretende generar conciencia del grado de responsabilidad de los profesionales que en algún momento ejecuten funciones públicas, sirviendo como base de estudio y consulta precisa referente a la responsabilidad del congreso.

Por lo anterior se hace necesario que los esfuerzos del presente trabajo se centren en responder a la pregunta de investigación ¿Cuáles son los elementos conceptuales, jurídicos y teóricos para que se origine la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en nuestro ordenamiento jurídico?

Pero para responder esta pregunta, se hace necesario desarrollar otros objetivos específicos que brinden las bases suficientes para responder a la anterior pregunta, como lo son: identificar los momentos históricos que dieron lugar a la apertura de la teoría general de la responsabilidad del Estado en el hemisferio occidental, exponer los avances jurisprudenciales y doctrinales que abrieron las puertas al régimen Responsabilidad del Estado por hecho del legislador en Colombia, analizar la línea jurisprudencial de nuestras altas Cortes en la actualidad referente a la declaratoria de responsabilidad del Estado por hecho del legislador.

Se hace importante el presente trabajo, ya que al clarificar el tema de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador, aportando de manera juiciosa y precisa los elementos históricos que dieron lugar a ella, ya que la falta de consenso y claridad suficiente a la hora de determinar si el Legislador era responsable o no, durante estos dos siglos, es motivo de estudio, explicar bajo la óptica de nuestras cortes cuales es el reproche merecido al Legislador por leyes declaradas inconstitucionales, por leyes que son constitucionales pero generan un desequilibrio en las cargas de los ciudadanos y por otro lado, cual es el grado de responsabilidad del Estado cuando existe una omisión legislativa.

De igual forma el énfasis que se realizará a la línea jurisprudencial de las altas cortes, teniendo como principal, la línea del Consejo de Estado, reforzado con la doctrina, será la columna vertebral del presente trabajo, porque sin esta no sería posible identificar y exponer los elementos conceptuales y jurídicos necesarios para que se origine la responsabilidad del Estado por hecho del legislador, en este sentido el presente documento sería un medio de consulta para aquellos que se interesarían en dar una respuesta a sus dudas sobre el tema en estudio.

El trabajo de grado pretende exponer un tema que como se logra ver no ha sido fácil darlo por sentado en nuestro ordenamiento jurídico, para ello será necesario exponer sobre los elementos necesarios para que opere la responsabilidad del Estado legislador, teniendo como elemento principal la función legislativa y las consecuencias que se derivan de los daños antijurídicos que se originan en la práctica de ella, exponer los argumentos dados por

nuestras Cortes con base al derecho comparado para llegar a la conclusión no tan sencilla durante décadas de que nuestros congresistas al exponer la voluntad del pueblo sí son responsables con los efectos generados con las leyes expedidas.

El proyecto se enriquecerá con lo expuesto por el teórico argentino Alberto B. Bianchi, en el libro *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, en este libro nos encontraremos una gran exposición sobre el desarrollo y aplicación de la responsabilidad del Estado Legislador, daremos una mirada especial sobre la teoría del “sacrificio especial” el cual es en concreto o como lo llamaría la jurisprudencia nacional, la desigualdad en las cargas públicas, basado por el teorizante por lo dicho por la Corte Suprema Argentina.

Por otro lado, referente a la omisión legislativa, tema coyuntural del trabajo, se enriquecerá de la obra del Doctor Juan Pablo Sarmiento Erazo con su obra *Responsabilidad patrimonial del Estado por Omisión Legislativa*.

Un tema estructural sobre cualquier teoría de responsabilidad extracontractual del Estado quedaría incompleto sin explicar los componentes de las hipótesis de la teoría del Daño, su clasificación, condiciones de existencia, el daño antijurídico y aplicar todo esto a la ley como hecho dañoso. Para lo anterior nos dará luces la tesis de grado del Doctor Javier Enrique Torregrosa Sánchez nombrada *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Legislador y las sentencias de nuestras Cortes más actuales*.

En la clase de daños, más específicamente daño especial, nos servirá de base la sentencia 16980 del 11 de febrero del 2009 de la sección tercera del Consejo de Estado y de la misma alta corte la sentencia 13161 del 18 de julio del 2002. Respecto al riesgo excepcional nos servirá como marco teórico las sentencias 1993-08632 del 29 de octubre del año 2012 del consejo de Estado sección tercera y 2000-75440 del mismo día, mes y año del Consejo de Estado, reforzando lo aportado jurisprudencialmente con los anuarios I, II y III de responsabilidad Civil y del Estado del Doctor Saul Uribe García.

Además, se utilizará con marco teórico referencial las monografías de Carolina Arenas Uribe y *La responsabilidad del Estado Legislador en los eventos de sentencias moduladas* de Paola Franco Rodríguez y Manuel Eduardo Góngora Mera de la Universidad Javeriana de Bogotá la cual se ocupa exclusivamente sobre el tema que estaré desarrollando en mi proyecto de grado.

El escrito que se propone se encuadra en un enfoque cualitativo, orientación que nos brinda la libertad de rastreo de documentación del tema que nos concierne, documentos que nos brindarán las luces suficientes para encontrar las soluciones a los problemas planteados, a al material documental se le aplicará el método hermenéutico, el cual brinda grandes ventajas a las investigaciones documentales. De igual forma al material encontrado para el desarrollo del trabajo de grado se le dará un manejo que será de una forma deductiva, así las cosas, de cada documento encontrado en el rastreo documental se deducirá cuáles serán los elementos más importantes que nos ayudará a sustentar el trabajo de trabajo.

Capítulo I

I. Desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado

1.1. Responsabilidad del Estado en el feudalismo

El ser humano es una criatura que se considera aprende rápido, que digiere con facilidad el conocimiento que le brinda el entorno en general (sociedad, familia, poder), que evoluciona y encuentra las soluciones ideales para los problemas que la vida le proporciona para la supervivencia, sin embargo, la evidencia histórica nos muestra lo contrario si nos referimos a la evolución de la organización política en las sociedades llámese matriarcado, patriarcado, monarquía, feudalismo o república.

Si tomamos solo al hemisferio occidental, podemos notar los siglos que tuvieron que pasar en ir evolucionando en forma de organización política hasta tener lo que hoy en día llamamos Estado Social de derecho.

Se cuenta por centenas los años vividos bajo una autoridad o epicentro del poder irresponsable de sus actos, y en el feudalismo no es la excepción.

Valdeon (1992) nos cuenta que con la caída del imperio romano, el debilitamiento de las Monarquías no brindaba las garantías mínimas de seguridad frente a los mal intencionados, con fines de despojo a toda costa, el poder central se desvaneció, tanto así que el monarca para sostener parte de la lealtad de los nobles tuvo que conceder grandes extensiones de tierra (feudos) y cada poderoso (noble) se debía a sí mismo y sus súbditos (vasallos) en términos de seguridad.

Al no haber poder central radicado en un solo individuo, podemos decir que el poder residía en cada señor feudal hacia sus vasallos, sin hacerlo a título o en representación del rey; Así las cosas, en el feudalismo al tener la necesidad de cada señor feudal defender su patrimonio y la vida de los Vasallos o siervos, debía tener un prudente arsenal bélico, con el cual además de los títulos de las tierras hiciera valer sus derechos de dominio sobre un territorio en específico.

Tenemos que en la edad media con el feudalismo el poder se dividió en tres instituciones, esto es, rey (sobre el papel aun los Señores feudales les debía su lealtad) señor feudal e Iglesia.

Ahora nos preguntamos, ¿estas autoridades eran responsables frente a sus gobernados?

La respuesta es claramente no, aunque los señores feudales debían garantizar la seguridad de sus vasallos, este se hacía dueño del destino de sus subditos, teniendo así una falta de consecuencias total, frente a los perjuicios o cargas generadas de la clase dominante frente a los dominados.

Pasaron decenas de años siguiendo esta manera de organización del poder, sin embargo, la falta de centralización de la autoridad, originó que las personas solo estuvieran medianamente seguras en la fortaleza del rey o señor feudal, la falta de mercadeo y la zozobra generada por las constantes amenazas de muerte y despojo pedía y exigía mayor un Estado con la capacidad de controlar estas situaciones, esto se traduciría en mayor poder concedido a una ente central, requería un monstruo con plenas facultades de crear las leyes, ejecutarlas y juzgarlas necesitaban según Hobbs, absolutismo.

1.2. Responsabilidad del Estado en el absolutismo

El absolutismo tuvo su mayor desarrollo en los siglos XV, XVI, XVII Y XVIII, en estos años, el rey era la fuente normativa de todo actuar del Estado nación, el representaba con su accionar los mismísimos designios de Dios, de allí la imperante necesidad de sus súbditos de ejecutar su voluntad sin observaciones.

Sin ningún tipo de control el rey o el grupo de personas cercanas se levantaron frente a los demás como la completa personificación del Leviatán, esa criatura total, que no se andaba con rodeos para ejecutar su voluntad, ese ser que no tenía rival alguno que pusiera en peligro su posición más alta de la cadena alimenticia, esa criatura que solo Dios estaba por encima de él.

Sin embargo cabe resaltar que todo lo anteriormente dicho no vino por sí solo, grandes mentes plasmaron sus ideas de la necesidad de llevar a cabo esta forma de organización política, es decir, no era un simple “porque Dios lo quiere así”, los teóricos de la época daban razones sensatas de la necesidad de mayor concentración del poder ya que como el mismo lo expresa al referirse al caos de los conflictos y guerras que llevó a Europa con la poca autoridad ejercida por los señores feudales, ya que en el feudalismo, el poder no eran unidades concentradas, que ejercieran autoridad sobre un territorio extenso, solo eran soberanos sobre sus propios siervos. Leiva (2010).

Así bajo la premisa de, el hombre para encontrar la paz enajena sus derechos a favor de una autoridad pública o Estado, excepto el derecho a la vida Hobbs (1651), dieron poder absoluto al soberano.

Ese Estado absoluto tenía la carga en virtud de dicho contrato con los súbditos, de brindar seguridad a sus gobernados, para que el actuar de los mismos, en sus oficios o trabajos no se viera perjudicado bajo ninguna amenaza.

A diferencia que, en el feudalismo, como lo dice Leiva (2010) el único que cuenta con el monopolio de la fuerza es la monarquía, privando de dicho privilegio a los señores con gran poder territorial o mercantil, originando con esto, una concentración total del poder en una sola institución, que tendría como exclusiva, la función de coerción y administración de los recursos económicos de su Estado nación.

Este sujeto con poder absoluto representa de manera jerarquizada en forma vertical a todos los demás y así, los súbditos siempre lo serán hacia él, no puede cambiar esa voluntad, ya que lo eligieron.

Todo aspecto de la vida cotidiana era controlado, ejercido por este ser “todo poderoso”, como la enseñanza, el determinaba que conocimiento e información se volvía objeto de estudio, si había alguna duda o confusión en la aplicación de la norma, el soberano la interpretaba, el rey juzgaba, la corona ejecutaba y disponía de los recursos brindados por su propio Estado (Sartori 1992).

Ejercía sin control la justicia, y todos sus actos eran irresponsables, no podían ser acusados por ningún súbdito, no existía la igualdad y el monarca solo respondía a un ser superior, como lo expresa Van Dun (2018).

El emperador mediante un ordenamiento jerárquico de posiciones sociales, cada una de las cuales era responsable únicamente a la autoridad superior, no a sus pares y mucho menos a sus propios súbditos, en otras palabras, era un sistema de irresponsabilidad distribuida. El emperador (ahora el monarca absoluto) no era responsable ante nadie, y ninguna autoridad lo era, excepto ante una de orden superior, por cualquier cosa que hiciera dentro de su propio dominio legalmente reconocido o área de competencia legal. Por lo tanto, el poder absoluto del *pater familias* romano sobre su hogar se atenuaba solo por la costumbre y la tradición (“decoro”) y solo podía ser restringido legalmente por la legislación imperial.

Así las cosas, es fácil concluir sin necesidad de pregunta, que en la forma de organización política que predominó en los siglos XV, XVI Y XVIII en occidente, cada una de sus actuaciones no gozaba de consecuencia alguna en términos de responsabilidad, no respondían a nadie, no es aquí donde podemos encontrar la primera manifestación normativa donde el soberano se hacía responsable de sus perjuicios ocasionados a sus gobernados.

El destino económico del Estado nación lo definía las reglas de la corona, así que en su poder estaba en definir ganadores y perdedores en las relaciones mercantiles de sus gobernados, este mercantilismo excesivo no solo perjudicaba a los dueños de los medios de producción, sino a los destinatarios de dicha producción, colocando y quitando impuestos teniendo como criterio a quien le diera o no las mejores dadas.

A manera de ejemplo traigo a Rothbard (2010), la corona inglesa dio en monopolio a un puñado de comerciantes con el fin de mantener bajo su control la recaudación de impuestos provenientes de la compra y venta de la lana, los precios siempre estaban altos gracias a las prácticas monopolísticas, perjudicando a los pequeños comerciantes y a los consumidores de dicho producto.

Este pequeño ejemplo, se puede multiplicar por varios múltiplos en todos los campos de la economía que estaba supeditada a la voluntad de cada soberano en los Estados nación de Europa y sus colonias, y sin ningún tipo de responsabilidad los reyes seguían

estancando el crecimiento, el bienestar general de sus súbditos, con la alta tributación y la practica hasta la saciedad del mercantilismo.

Pero no nos equivoquemos, aunque en la teoría general del Estado absolutista, el soberano no tenía responsabilidad alguna y por ende nunca era cuestionado, en la práctica las consecuencias finalizando el siglo XVIII no se hicieron esperar.

1.3. Surgimiento de la responsabilidad del Estado, revoluciones

Todo el poder expresado anteriormente que recaía en un individuo, por el bien común se debía limitar, al Leviatán lo tenían que encadenar nuevamente por el bien de las masas.

A finales del siglo XVII, en todo su esplendor la ilustración brindó la oportunidad de por siglos, volver a estudiar a aquella Grecia y su democracia, y no solo de estudiarla, de teorizar como se podría traer ese estilo de sociedad a la actualidad, el comercio, el mercado no deseaba más cargas que ralentizaran su progreso, el desarrollo, los franceses e ingleses de manera predominantes, comenzaron con la tarea, Montesquieu, Locke y Rousseau se encargaron de manera brillante de justificar bajo la premisa o valor fundamental, de la teoría liberal clásica de economía, de darle toda la justificación y forma política a una sociedad libre, iguales ante la ley y por ende con todo el derecho de reclamar que el soberano está es al servicio de los gobernados y no al revés (Const., 1791)

Este era un cambio de una concepción que predominó por milenios y por ende los efectos en el concepto de poder político y ley cambiaron de manera radical, ya no era un Estado absoluto, era un Estado de derecho, en dicho Estado de derecho como lo expresa Rousseau (1962) la soberanía no recaía en el gobierno, sino en el pueblo, teniendo así que las instituciones son los desarrolladores de la voluntad popular, cumpliendo la letra del contrato social, bajo esta premisa, de desplazar la soberanía del gobernante al gobernado, era necesario establecer controles para evitar surgimiento del absolutismo, sometiendo a cada individuo en el Estado a la ley.

Terminado el siglo XVII los teorizantes resaltaban el valor de la libertad, fundamento que en un Estado absolutista no se podría desarrollar ya que, al haber nobleza y súbditos, nunca va a existir la igualdad ante la ley, se requiere un nuevo gobierno, un Estado de ciudadanos, estos ciudadanos firmarían un pacto social, y establecerían su forma de organización política, el poder político actuará en forma de delegación.

Así las cosas, los representantes o delegatarios, siempre estarían supeditados a la voluntad de quienes crearon dicho contrato social (ciudadanos libres e iguales ante la ley) esta ley va a ser el límite del gobernante, la ley será la hoja de ruta de los funcionarios que ostentan la delegación del poder y si se desvía de dicha hoja de ruta, será responsable ante esa misma ley de ser juzgado por su accionar torcido (Lock 1689).

Para Locke, en este gobierno, quien hace las leyes es quien debe llevar el título y la jerarquía de poder supremo, los ciudadanos bajo su autoridad tendrían la facultad de remover o apartar a estos. La ley superior viene del pueblo, es decir si este la considera injusta, el pueblo está facultado para retirar la delegación a los legisladores.

Locke al igual en un tiempo más tarde Montesquieu, resaltaban la necesidad de dividir el poder público, los tres poderes debían estar en diferentes ramas y entre estas para que nunca una absorba la otra se deberá configurar con juicio y celo, el sistema de pesos y contra pesos y así tener a un gobierno controlado ante la ley (Sartori 1992).

Cada rama del poder público deberá gozar de manera equilibrada de poderes, para así entre las tres, se limiten y la democracia, libertad e igualdad ante la ley no se vieran desmanteladas y prevenir que el poderoso del momento echara para atrás dichos fundamentos.

A partir del triunfo de las revoluciones en Francia en 1789 y la Independencia en Los Estados Unidos de Norte América 1777, el culto y respeto no se debía al rey, sino a la Ley, Occidente democratizó el poder, solo aquellos elegidos por el poder primario, el pueblo, tenía la autoridad de expresar mediante leyes esa voluntad de los ciudadanos.

En Europa y Estados Unidos se firmó el contrato social, el contrato debía contener la forma y organización del Estado y los derechos fundamentales de imperativo respeto y protección.

El cambio como se puede observar en términos de organización política de las sociedades occidentales cambió de manera extrema, al tener ciudadanos libres e iguales ante la ley, y nadie sobre ella, el Estado por fin era responsable por sus acciones y omisiones, sin embargo, se deben hacer algunas claridades sobre cada régimen respecto a la responsabilidad del Estado posterior a la entrada en aplicación del Estado de derecho.

La responsabilidad del Estado no tuvo sus puertas abiertas desde el principio del Estado de derecho, esta, se tuvo que abrir paso de a poco en cada uno de los países aplicadores de esta forma de gobierno, por ejemplo en Francia en plena aplicación del liberalismo clásico, con la premisa en que el Estado debe ser reducido y que sus intervenciones en la vida de sus ciudadanos deben ser pocas, se tenía el entendido que al Estado al no ejecutar gran cantidad de actividades, sus daños causados a sus gobernados eran pocos (Rivero 1984), por ese motivo la responsabilidad del Estado y carga de indemnizar expresamente dictado por la ley, se limitaba a la construcción de obras públicas, los daños causados por tumultos, los ocasionados por el ejército en sus funciones y en la guerra.

Era tan clara la delimitación de la obligación del Estado de indemnizar por sus errores, que el Consejo de Estado de Francia con la Constitución Política del año VIII posterior a la revolución, en su artículo 75 debía autorizar la declaratoria de responsabilidad respecto a los daños causados por un agente público en ejercicio de sus funciones.

No fue hasta que pasaron 84 años después de la revolución francesa que en Francia se constituyó un régimen propio de responsabilidad del Estado con su propia jurisdicción que conociera dichos procesos (García De Enterría & Fernández 1986).

En España no negaron su larga tradición monárquica, en su (código civil, 1889) limitaba sobre manera la responsabilidad del Estado, ya que solo se podía configurar si

era un “agente especial” del Estado quien causaba el daño, ya que si un funcionario ordinario cometía un daño a quien le prestaba el servicio público, era este de manera individual el responsable y no el Estado.

En España, la Responsabilidad del Estado con todos sus elementos sin limitaciones (y no solo en algunas funciones y relaciones del Estado con sus ciudadanos, si no un régimen general de responsabilidad del Estado) solo se materializó en la Constitución Política de 1978.

En cada país que fue adoptando el esquema del Estado de derecho, de a poco le fue abriendo las puertas a un régimen general de responsabilidad del Estado, sin embargo, el Estado de derecho tenía debilidades que en Europa se fueron avizorando más rápido en otros lugares y cabe resaltar que con resultados más negativos.

Sucede que los tres autores anteriormente mencionados (Montesquieu, Locke & Rousseau) padres del Estado de derecho, en sus escritos resaltaban la importancia de la ley de tal forma que esta expresaba la voluntad del soberano, así las cosas el contrato social fue quedando relegado, las leyes por ser esa expresión de soberanía ni requerían de un procedimiento de exequibilidad, la rama del poder público judicial, se encontraba limitada para contradecir al legislador o hasta el mismo ejecutivo en su aplicación de la ley, y al ser meros lectores de la ley y sentenciadores sin ningún desvío a la letra de la leyes, la justicia en sí misma como valor axiológico se limitó.

El contrato social se fue convirtiendo en un mero pedazo de papel, los jueces en simples lectores del complejo normativo expedido por los legisladores, respecto a la sujeción extrema de la ley y el olvido y poco valor jurídico que brinda el contrato social como constitución política, esta se convirtió en mero nombre, es decir en Constituciones Nominativas (Sartori 1992), comenzando el siglo XX junto con sus guerras, la Constitución no era más esa cadena puesta al Leviatán para proteger las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, sino, para solo ser un escrito que redactaba la forma de Poder de un Estado.

En Latinoamérica no fue la excepción, igualmente se desentendieron de tener una Constitución garantista, a tener una Constitución nominativa, la falta de espíritu o contenido axiológico de los leyes, fueron las herramientas perfectas para que el poder se concentrara de nuevo en unos pocos y claro está para que la responsabilidad del Estado se viera y aplicara de manera tan extraña como lo era previo a la entrada del Estado de derecho.

Es válido aclarar algo, cuando me refiero a la entrada de dictaduras, me refiero a Estados específicos que ya la historia nos ha contado como se desarrollaron estos hechos, en los demás, la aplicación de los párrafos anteriores solo será en lo que respecta al olvido del contrato social y culto excesivo a la ley.

Llegaron las guerras, las ideas de libertad, igualdad ante la ley y separación de poderes en Alemania e Italia predominantemente se desecharon en los años 30 del siglo pasado, las consecuencias fueron tan contundentes como tremendamente tristes, más de 100

millones de personas murieron en la segunda guerra mundial, si, el Estado de derecho puro, ya no era una cadena lo suficientemente fuerte para detener el abuso de autoridad y por eso, esos mismos países que sufrieron las mayores consecuencias (Italia y Alemania) fueron los pioneros en poner en práctica lo que se llamaría Estado Social de derecho.

1.4. Estado Social de Derecho, la Constitución como norma de normas

Es necesario volver a traer a colación lo antes dicho, al monstruo llamado Estado había que volverlo encadenar, sin embargo esta vez no fue limitando su accionar, sino todo lo contrario, dándole más responsabilidades sobre el destino de sus ciudadanos del que tenía previamente, posterior a la segunda guerra mundial surgieron los derechos humanos, la predominancia en los derechos de tercera generación, brindaron las herramientas para que en los países que mayores pérdidas vivieron en la Guerra como Alemania e Italia (excepto Rusia, continuó con su esquema de gobierno Socialista que tenían ya previo a la guerra) pusieran en ejecución lo que sería el Estado Social de derecho, un Estado más humano, un Estado el cual sus pasos no los guiaría una ley, sino una norma que estaría sobre las demás, la Constitución Política, el legislador desde este punto de partida sería simplemente un desarrollador de voluntad contenida en la carta magna, al desarrollar las leyes, estas, ahora sí, estarían sometidas a un control de constitucionalidad, el ente encargado para ejecutar esta labor podría dar control sobre el texto normativo, interpretarlo y crear normas con base a esa interpretación, incluso cubrir los vacíos que por omisión el legislador deje en el complejo normativo del Estado, por otro lado y adicional, esta constitución en su extensión debía establecer sus fines, valores y principios que la rigen (Schneider 1991).

El límite de la ley es la constitución política, la función principal de la ley sería el desarrollo de la carta magna, papel que a diferencia del estado de derecho se encuentra a un mayor juicio de reproche y control en su contenido.

La constitución política en un Estado Social de derecho traería en su texto los derechos humanos de tercera generación. Por este motivo el Estado se vería en la necesidad de crecer, de ejecutar múltiples actividades, ya no se podía tener la idea del derecho francés del siglo XVIII, que el Estado dañaba poco, al asumir mayores compromisos se debía igualmente hacer responsable de sus fallas ejecutadas por acción u omisión, la responsabilidad del Estado dejó de ser una excepción, para convertirse en la generalidad, la solución era no tener de manera aislada sobre qué, y en qué casos el Estado era responsable, sino tener todo un régimen de responsabilidad del Estado.

1.5 Desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado en Colombia

El contexto histórico de la responsabilidad del Estado en Colombia no ha sido muy diferente a lo sucedido a los pioneros de las tesis europeos, las diferencias serán cronológicas, sin embargo, Colombia termina siempre adoptando las practicas europeas del derecho, Colombia tuvo su periodo de absolutismo sin ningún tipo de responsabilidad en la época donde el dominio de la corona Española recaía en nuestro territorio, al lograr la independencia, Colombia se constituyó en república, nuestro país desde ese primer momento,

en la República de Bolívar se podía ya deslumbrar un grado de responsabilidad del Estado, como lo vemos en la Constitución de 1821 en su artículo 34 (Const., 1821, art. 34) de la ley primera que establecía la obligación del Estado de reparar los perjuicios patrimoniales causados a propietarios a causa de obras públicas.

Como lo narra las abogadas Arenas & Jiménez (2001), el Estado con base a la soberanía que le brindaba la competencia de dictar la ley no era responsable, este criterio se defendió y perteneció al derecho positivo hasta la mitad del siglo XIX, ya en 1864 el Estado federal en Colombia fue declarado responsable por primera vez en un caso donde el Estado ocupó un bien inmueble y el mismo terminó destruido por un caso fortuito, es aquí donde se evidencia que las primeras sentencias por parte de la Corte suprema de justicia se originaron posterior a la mitad del siglo XIX, la Corte Suprema no contaba con un desarrollo normativo suficiente, por ese motivo basaba sus decisiones en vagas disposiciones legales y constitucionales. Leiva (2010).

Vemos que en estas décadas finales del siglo XIX, se fue superando la irresponsabilidad del Estado sustentando en la soberanía, la Corte suprema de Justicia emprendió una juiciosa tarea, la cual tenía la competencia según (Const., 1886, art. 151) de resolver los asuntos que involucraran a la nación, de encontrar los fundamentos legales donde reposara el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado como sucedía en lo civil o derecho privado. Leiva (2010) De allí que la Corte haya sostenido la responsabilidad indirecta del Estado basándose en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil y la directa en el 2341, sin embargo, al Consejo de Estado ir asumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo primero con la ley 130 de 1913 respecto a la responsabilidad del Estado en declaratorias de nulidad y ya en definitiva como el órgano de cierre en lo administrativo con el decreto 528 del 64.

El consejo de Estado junto con la Corte Suprema de justicia siempre en sus providencias se evidenciaba la necesidad de desligar la responsabilidad del Estado con fundamento en derecho privado, así encontrando que el Estado es responsable con base a la responsabilidad Indirecta; en efecto, la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, fue la teoría predominante por parte de las altas cortes para responsabilizar al Estado por su actuar punitivo al no elegir bien sus empleador o no someterlos a los controles suficientes que evitaran el perjuicio; sin embargo esta teoría no fue acogida de la mejor manera, las antítesis eran contundentes al resaltar que no todos los funcionarios que causaban daños eran elegidos por el mismo Estado, sino también por los medios populares de elección ciudadana, por otro lado, que toda persona jurídica siempre actúa por intermedio de agentes, responsabilizando siempre a la persona jurídica por el actuar de sus funcionarios (hecho ajeno). Leiva (2010).

Con lo anterior ya la Corte Suprema. Leiva (2010) reevalúa la teoría aplicable los daños causados por el Estado (daño indirecto) sino que lo replantea hacia el daño directo, estatuyendo que la actuación de los funcionarios públicos los realiza dentro del marco organizativo de una persona jurídica, siendo así un órgano integrador de la misma, concluyendo que los daños causados por la persona jurídica no son por hechos ajenos de empleados del Estado, sino daños directos de la misma institución por intermedio de sus órganos. Bajo estas conclusiones, la Corte suprema de justicia aplicaba la teoría del daño indirecto los perjuicios ocasionados por personas no consideradas órgano, y daño directo por los que sí.

En el mismo año la Corte suprema de justicia se acoge a la teoría de la falla del servicio para responsabilizar al Estado por sus yerros, por el mal funcionamiento de los servicios públicos brindados hacia los ciudadanos, bajo esta óptica no era necesario demostrar la falla del funcionario, sino la falla de la administración. Con los párrafos anteriores podemos ver que la Corte Suprema de Justicia acogió varias teorías de responsabilidad extracontractual del Estado, sin que ninguna predominara, solo era sucesos aislados que no lograban configurar todo un régimen general de responsabilidad del Estado. Leiva (2010).

Basándose en lo anterior se originó la idea jurisprudencial que el Estado era responsable extracontractualmente en la falla de un servicio, expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra y todos los demás regímenes de la responsabilidad objetiva del Estado, el Consejo de Estado siempre tuvo el interés con que la responsabilidad del Estado se fundamentara en derecho público, desde 1964 que asumió en pleno y con exclusividad su jurisdicción con el (Decreto 528, 1964), quiso bajo sus decisiones basar la responsabilidad del Estado bajo la óptica del artículo 16 de la constitución de 1886 y el código contencioso administrativo en la falla del servicio.

Sin embargo, la constitución política de 1886 al estar fundamentada en el Estado de derecho, y la poca subordinación de la ley a ella (la constitución), no se podía extender en su plenitud el régimen de responsabilidad Extracontractual del Estado. Hasta este punto histórico Colombia se encontraba con la limitante de que la ley era el centro de gravedad del ordenamiento jurídico, el culto hacia la ley por parte de los jueces limitaba el desarrollo de decisiones necesarias para ampliar el régimen de responsabilidad del Estado, sin embargo al Estado Colombiano acoger lo que ya en gran parte de Europa era una realidad, el Estado social de derecho, permitió que las Altas Cortes tuvieran un mayor grado de incidencia en las dinámicas jurídicas del Estado. Leiva (2010)

Como podemos ver, todo pudo encontrar un rumbo distinto bajo la tutela de la constitución de 1991, ya que el (Const., 1991, art. 90) de nuestra carta magna, proporcionó una nueva visión normativa respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, dicho artículo al no distinguir bajo que función del Estado está sometida la responsabilidad Estatal, amplió el margen de acción de la teoría más allá de la mera falla del servicio, ya que al traer el concepto español del daño antijurídico, del cual hablaremos más adelante, tiene contundentes efectos en el régimen de responsabilidad del Estado.

Al ampliar el campo de acción de la teoría del daño antijurídico, proporcionó un régimen propio, el cual previo a la constitución del 91 no se podía contemplar con claridad y coherencia por la sujeción al complejo normativo del derecho privado, es así como se fundamentó toda la teoría de la responsabilidad del Estado bajo el concepto de daño jurídico y no solo el de la falla del servicio, trayendo con esto, que el Estado respondiera bajo la órbita de las acciones incluso legítimas y legales, adiciona la joven constitución política como algo novedoso, requirió al Estado en repetir contra los agentes que se les demostrara dolo o culpa grave.

1.5.1 Daño Antijurídico

La constitución política de 1991 trajo consigo un significativo avance respecto a la responsabilidad de reparar patrimonialmente por parte del Estado por sus daños ocasionados a los gobernados, previamente la jurisprudencia desarrollaba este concepto, a través del artículo 02, 16 y 30 de la constitución política de 1886, que estipulaban el deber del Estado de acogerse siempre a lo reglado (principio de legalidad, y proteger la vida, la honra y bienes de las personas dentro del territorio nacional.

Por este motivo se hace importante desarrollar el concepto del daño antijurídico, ya que para que exista responsabilidad del Estado de reparar patrimonialmente, se necesita: que surja un daño antijurídico, y que el daño sea imputable a una entidad pública Leiva (2010). El artículo 90 de la constitución política es el que plasma los fundamentos de la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado, por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de una entidad Estatal.

Las altas cortes explican el concepto del daño antijurídico en múltiples sentencias, siendo una de las más notables, la (Sentencia C-333, 1996). En la misma cuentan que el artículo 90 de la constitución política se basó en la doctrina jurídica española, que define el daño antijurídico el que ocasionado por el Estado dentro de su actuar legítimo y ocasiona una carga o menoscabo a una persona o grupo de personas que no estaban obligadas a soportar dicho perjuicio, así que para el daño antijurídico le es indiferente si es de una actividad lícita o ilícita por parte del Estado, el factor importante a considerar es si no existe la obligación legal de soportar la lesión o detrimento patrimonial.

Por otro lado, resalta que esta concepción del daño antijurídico se apega completamente a los preceptos que rigen un Estado social de derecho, ya que este tiene como obligación el proteger los derechos y libertades de los individuos, desarrollando como uno de los principios elementales, el de la igualdad de las personas ante la ley y de la igualdad de las cargas públicas.

Por otro lado otro principio constitucional que desarrolla esta definición de daño antijurídico de nuestro ordenamiento jurídico es el de la solidaridad, ya que como lo hemos venido diciendo, el daño antijurídico, requiere que la persona o grupo de personas que sufren el daño no tengan la obligación legal de soportar este menoscabo, ocasionado bajo el actuar por acción u omisión legítimo por parte del Estado, los demás grupos poblacionales que no tuvieron que sobrellevar esta carga impuesta por una entidad pública, son los que a través del Estado responderán y equiparan las cargas solidariamente, frente a los que sufrieron el daño.

El daño antijurídico la corte constitucional en la (Sentencia C-043, 2004) amplía el concepto diciendo

no se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular, aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino establecer si cualquier actuar público produce o no un daño antijurídico, es decir, un perjuicio en lo quien lo padece que no estaba soportado a soportar.

Podemos observar entonces, las altas cortes brinda las luces para definir si el daño es antijurídico, el cual en conclusión se debe especificar la manera en que la víctima no estaba obligado en soportar dicha carga por parte del Estado, con la concepción del daño antijurídico, el debate no se centra en la ilicitud del acto, sino en el daño a la víctima, un daño producido por el Estado del cual este no está legitimado en realizarlo, los ciudadanos no están obligados en soportar las cargas, así las cosas el daño antijurídico es uno de los elementos necesarios que se debe siempre discutir referente a la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Al momento en que se busca que un juez de la república declare responsable al Estado, se requiere no solo la antijuricidad, sino también la imputabilidad del daño al Estado, es decir, que no solo exista nexo causal material, sino también nexo causal jurídico, es así que para los perjuicios ocasionados a la luz de un contrato firmado por una entidad del Estado, los títulos de imputación serán aquellos principios que contempla la ley 80 de 1993, por ejemplo la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre los deberes y derechos. Leiva (2010).

Por otro lado, para las relaciones jurídicas que no medie un contrato, la falla en el servicio será el título que sucede con más frecuencia en el tiempo, como lo son el error judicial o como lo veremos más adelante, la ley declarada inconstitucional.

1.5.2 Daño personal

El daño personal exige que quien exige la reparación del Estado efectivamente sea la persona que recibió el perjuicio, que quien reclama la reparación de un interés lesionado, sea el titular de este, es indispensable individualizar la víctima para el derecho procesal administrativo, ya que quien no demuestre la titularidad en el sufrimiento del daño no podrá alegar derecho de indemnización. Torregroza (2007).

Los lesionados directos podrán solicitar que les brinde reparación no solo de los daños patrimoniales sufridos, sino de igual forma los daños inmateriales, por el contrario, los lesionados indirectos, que son aquellos que por la ausencia de la víctima principal en orden sucesora podrán reclamar los derechos del lesionado directo solamente, aunque los lesionados indirectos pueden ser directos respecto a la dependencia económica, cariño y parentesco que tenían de la víctima directa.

1.5.3 Daño cierto

Para que exista responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado, se busca con la exigencia del daño cierto, que no quede duda sobre el daño sufrido, es decir aquellos daños hipotéticos o que no se alcanzaron a ejecutar no serán indemnizables, ya que no debe existir duda sobre que el hecho dañoso surgió.

El daño cierto no tiene que ver con la cuantía del daño o lo material de este, ya que los daños morales por ejemplo no se pueden cuantificar, pero aun así es un daño cierto si el mismo se logra demostrar, es decir, debe ser apreciable, que se materialice en el

detrimento de alguna condición patrimonial o física o psicológica que requieran por parte del Estado una compensación por los perjuicios recibidos. Torregroza (2007).

1.5.4 Clase de daños

1.5.4.1 Daños Materiales

Los daños materiales son aquellos que se pueden cuantificar, son daños que por su naturaleza repercuten en el patrimonio de la persona, hacen parte del entorno objetivo, y por tanto es factible reparar el daño al mismo valor o cuantía previo a la ocurrencia del hecho dañoso, estos pueden ser de dos clases, en primer lugar, aquellos que surgen por el incumplimiento total, en parte o extemporáneamente de una obligación, estos daños comprenden los gastos que se generan, deudas contraídas o los egresos nacidos por la muerte o lesión de la víctima, la cual ha visto como su situación patrimonial ha sido menoscabada.

Este tipo de perjuicio se llama daño emergente según el (Código civil, 1873, art 1614), los perjuicios recibidos deben recaer sobre un objeto lícito, sin la necesidad que esté de manera expresa protegido por la legislación y como los define. Henao (1999):

son todas las erogaciones o gastos que tuvieron que ser sufragados causa efecto por un hecho determinado que haya causado daño a la víctima, o sea, las sumas de dinero y los bienes y servicios apreciables en el mismo, que tuvieron que salir del patrimonio de alguien por causa del perjuicio causado. También lo son, la merma patrimonial que sufre un tercero como consecuencia directa del siniestro (p.195)

Por otro lado, está el lucro cesante, el cual está contemplado en el mismo artículo del código civil, el cual es aquella utilidad o ingreso material que dejó de ingresar al patrimonio de la víctima a causa del daño. Torregroza (2007).

Como lo expresa Camacho (1999)

son todas las sumas de dinero que para la fecha del hecho generador de daño, no habían ingresado al patrimonio de la persona, pero que se esperaban recaudar, ya que las devengaba periódica u ocasionalmente con el empleo o con la actividad económica a la que se dedicaba la víctima, acorde a sus estudios, capacitación, experiencia, etc.; o si por el contrario estaba en una improductividad transitoria, vienen los ingresos que hubiera podido percibir una vez alcanzada la mayoría de edad o capacidad productiva. (p. 1)

Como vemos, son aquellos recursos que, por causa del cese de actividades ocasionado por el daño o perjuicios, la persona o grupo de personas dejaron de percibir, no solo teniendo en cuenta factores en personas productivas, sino en aquellas que en potencia lo serán en un futuro, como son los niños.

1.5.4.2 Daños inmateriales

Sabemos que las penas o dolores emocionales no se pueden cuantificar, sin embargo, bajo las facilidades brindadas por el dinero, estos daños inmateriales se podrán sobrellevar de la mejor forma, por esto dentro de un proceso de declaratoria de responsabilidad siempre se deberá tener en cuenta los daños inmateriales para así lograr una reparación integral sobre las víctimas; por inmaterial nos referimos a aquella esfera de la persona más íntima, o intangible, son imperceptibles para los demás, pero para quien lo sufre se hace presente con constancia, y por ese motivo debe ser tutelado el derecho a ser reparado pecuniariamente este perjuicio inmaterial. Este tipo de daño no se hace necesario una resta al patrimonio de las personas para poder ser evaluado y posteriormente reconocido, este es independiente al daño patrimonial.

Los daños inmateriales son aquellos daños morales que se generan por el dolor causado por el hecho dañoso, por regla general este tipo de daños se presenta en los casos de lesiones físicas o muerte o cuando una persona es sometida a circunstancias no dignas del ser humano, modifica las condiciones psicológicas de la persona, merma su capacidad de desarrollarse como ser humano plenamente.

Como lo menciona Rivera (2003)

la naturaleza de este daño es meramente subjetiva, ya que este recae sobre bienes inmateriales, que además están fuera del comercio. La lesión que se causa no tiene incidencia real en el patrimonio económico del afectado, por tal razón con la indemnización no se busca reparar el daño sufrido o restablecer el derecho vulnerado.

El resarcimiento de este tipo de daño no tiene por objeto volver las cosas a su estado anterior, puesto que es imposible entregar bienes o valores iguales o similares al perdido, lo que busca es compensar a la víctima por el dolor padecido, haciendo de esta manera más llevadera su pena, atenuando así el sufrimiento y las limitaciones que debe soportar el afectado. (p. 57)

Ahora bien, el Consejo de Estado unifica todo su concepto respecto a los daños inmateriales por medio de la Sentencia (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S1999-00326/31172, 2014) en la cual abandona la tasación de los daños morales que se realizaba en analogía al Código Penal en gramos de oro y trae consigo toda una tabla de tasación en salarios mínimos legales mensuales, según el grado de gravedad causado a la víctima directa y por los indirectos el grado de afinidad frente al lesionado directo, dividiéndolos por niveles. Por otro lado, frente a los daños a la salud, el Consejo de Estado manifiesta lo siguiente:

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona, estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica solo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional

Así las cosas, mediante esta decisión la alta corte abandona al antiguo concepto del daño a la vida en relación, y no fundamenta en el grado de vulneración que tuvo los derechos fundamentales de la víctima a causa de las lesiones en su salud en general, sin exceptuar si es corporal o incorporar el daño.

1.6 Regímenes actuales de Responsabilidad del Estado

Todo el complejo normativo donde se fundamenta el derecho administrativo actual reposa en dos instituciones: el principio de legalidad y el principio de responsabilidad del Estado. Iribarren. (2001).

Los regímenes actuales de responsabilidad del Estado son el subjetivo y el objetivo, las diferencias en uno al otro se podrían resumir en la imputación del daño, cada uno de estos regímenes se aplican sin falta para las acciones u omisiones de la rama administrativa y judicial.

La falla en el servicio dio las herramientas para aumentar el cúmulo de eventos en los cuales el Estado debía responder, ya que el Estado bajo la premisa de Social de derecho, debe intervenir en casi cada aspecto de las vidas de los ciudadanos, el Estado debe amplificar su campo de acción, teniendo así un múltiple de servicios llamados derechos que se deben prestar de manera reglada.

Ahora bien, no sucede esto con el régimen objetivo, ya que en este no se debe evaluar una falla o falta por parte del funcionario o entidad estatal, al no evaluarse factores subjetivos, como lo son los comportamientos específicos de los funcionarios en su actuar en el escenario público, solo se evaluará elementos objetivos, teniendo como títulos de imputación, el daño especial, riesgo excepcional, expropiación y ocupación de bien por causa de guerra entre otros.

1.6.1 Régimen subjetivo de responsabilidad del Estado

Para que se configure la responsabilidad del Estado bajo el régimen subjetivo, se debe originar un hecho dañoso y antijurídico (obligación del Estado de reparar cuando un particular no esté obligado a soportar una carga o deba sacrificar su derecho individual por el bien común) imputable al Estado. Leiva (2010)

Lo trascendental en el presente régimen, es además de plasmar de manera evidente el daño antijurídico, se debe hacer una evaluación al actuar de la entidad estatal, establecer el nexo causal entre el comportamiento del funcionario, que repercutió en un daño por su culpa o dolo, generando así la obligación de indemnizar por esa falla o yerro en la ejecución de funciones públicas.

Por otro lado el Consejo de Estado en otra oportunidad, nos ilustra que en el régimen subjetivo se requiere el análisis de la conducta de la entidad del Estado demandada, si esta cometió una ilicitud en su actuación con una extralimitación, incumplimiento, así las cosas se exige en el régimen subjetivo hacer un juicio de reproche, se resalta en la misma

Sentencia la importancia de tener claro que las fallas en el servicio son anónimas ya que el juez no se debe detener en la conducta personal del agente, sino el servicio en general y lo que cabe esperar de él sin embargo es indispensable que la conducta del agente esté relacionada con la falla en el servicio, lo dicho por el consejo de Estado, es para aclarar que no es necesario la individualización del Agente, pero al final es la entidad la que responde a la víctima del daño (Consejo de Estado, sección tercera, S1998-02037, 2013).

La Corte Constitucional nos aclara diciendo que se debe configurar un daño ilegítimo, originado por una acción u omisión culpable de la administración o sus agentes, es decir una falla en el servicio o un “funcionamiento anormal de los servicios públicos” (Sentencia C-333, 1996).

1.6.2 Falla en el servicio

La falla en el servicio es el principal título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado Torregroza (2007) el consejo de Estado nos ilustra al respecto, que en la imputación se deben probar tres elementos, estos son: La existencia de un daño antijurídico “sin daño no hay responsabilidad”, la falla en su sentido estricto, es decir demostrar un mal servicio, servicio no prestado o tardíamente prestado y el nexo causal entre el daño y el fallo originado por el incumplimiento de la administración del Estado (Consejo de Estado, sección tercera, S1998-02037, 2013). Agregando a lo anterior Becerra (2011) afirma:

De acuerdo con el análisis de Duez, la totalidad de las hipótesis de la falla de servicio podría sintetizarse en tres situaciones: o el servicio ha funcionado mal, o no ha funcionado, o en fin, ha funcionado tardíamente. Esta presentación, adoptada en muchas decisiones por la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, fue acogida en su momento por BONNARD e inspira en ocasiones a la doctrina moderna (p.240)

Se hace necesario evaluar en la falla del servicio el examen que se hace en el derecho privado en el incumplimiento de una obligación, lo cual es, el alcance de esta, es decir, es menester concluir el nivel de diligencia exigible del obligado, cuál era el procedimiento exigido por la ley al órgano incumplido, para concluir en la falla de ese deber. Botero (2007)

Las fallas por parte de los entes gubernamentales pueden ser específicas o genéricas, son específicas en aquellos casos en los cuales la ley de manera expresa de manera imperativa requería al Estado actuar de cierta forma y este falló, por otro lado, es genérica en aquellos eventos en los que se fundamentan en la carga general del Estado de proteger la vida, honra y propiedades de los gobernados, como lo contempla el artículo segundo de la constitución política. Leiva (2010)

Por un tiempo pronunciado, la falla en el servicio se comprendió o entendía como el actuar irregular sea por acción u omisión por parte del Estado, sin embargo, hoy en día gracias a desarrollos jurisprudenciales, se comprende en general como toda violación de una obligación a cargo del Estado.

Como vemos, el panorama del presente régimen, está dado para ser la principal causa de declaratoria de responsabilidad por parte del Estado, ya que como hemos entendido durante las asignaturas de derecho constitucional y derecho administrativo, los funcionarios públicos, en representación de ese ente ficticio llamado Estado, solo tienen permitido hacer lo que está expresamente estipulado en la ley, lo que no esté dentro de ella, le es prohibido, teniendo así bastante campo de acción de falla, debido a ir en contravía de estos preceptos legales.

Es importante resaltar que no toda falla por parte del Estado en la prestación de un servicio se configura en responsabilidad, se debe evaluar en condiciones normales, no en condiciones ideales, en cada caso en concreto, cual es el servicio que se espera por parte del Estado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo rodean, es decir el daño debe ser antijurídico y solo en su acreditación como la expresa el Consejo de Estado hay lugar de continuar la imputación al Estado (Consejo de Estado, sección tercera, S2008-00275/39718, 2017).

La víctima en el régimen subjetivo de Responsabilidad del Estado es quien tiene la carga de dar probadas sus afirmaciones (daño antijurídico y el nexo causal entre el daño y el fallo en el servicio) es claro que quien lo alegue no deberá centrarse en el actuar del funcionario, sino en la falla del servicio en sí, es el órgano quien falla, es el órgano o institución quien responde, ya el Estado se encargará según mandato del artículo 90 de la constitución política repetir contra el funcionario que cometió la falta, demostrando la culpa o dolo de este. Leiva (2010).

Esta carga procesal difiere a lo ofrecido en el régimen objetivo de responsabilidad, sin embargo cabe dar nota y realce a lo aclarado por el Consejo de Estado, para de esta forma terminar este apartado sobre el régimen subjetivo, en donde se discutía la responsabilidad del Estado de un hecho dañoso originado por un accidente de avión, el Consejo de Estado aclara que conducir avión es una actividad peligrosa, que el régimen aplicable a toda actividad peligrosa obviamente es el régimen objetivo, sin embargo, cuando el daño se origina como derivación de la actividad ejecutada por la misma víctima, el régimen aplicable en estos casos es la falla del servicio, en este entendido, la carga de la prueba se revierte y está a cargo de la víctima, así se haya originado en el ejercicio de una actividad peligrosa, es obligación de la parte demandante probar todos los postulados de la falla del servicio, esto es el daño, que el mismo sea antijurídico y el nexo causal entre el daño y la falla en el servicio. (Consejo de Estado, Sala Contencioso administrativo, S2002-40261, 2018).

Por otro lado, en lo que respecta a la entidad Estatal demandada, le corresponderá si su deseo es la exoneración, deberá probar la inexistencia en la falla, que su comportamiento fue lícito (ajustado al derecho), y que en todo momento el actuar del agente del Estado en representación del mismo, fue prudente y diligente, si este no es el caso, le quedará la única salida de probar un hecho extraño, como la fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, todo esto con el fin de romper el nexo causal entre la falla y el supuesto daño.

No solo la determinación del daño es lo importante, al terminar el primer paso, la existencia del daño, se debe examinar su naturaleza, esto es, si es antijurídico, ya que por el solo hecho de no lograr demostrar la antijuridicidad del daño, el Estado por obligación no sería responsable.

1.6.2.1 Falla presunta del servicio

Este como lo menciona las altas cortes, en especial el consejo de Estado, es un régimen intermedio entre la falla del servicio probada, visto anteriormente y el régimen objetivo, en los presentes casos, son circunstancias en las cuales la falla se originó en ejecución de funciones públicas, pero el vínculo entre el daño sufrido por la víctima y la falla por parte de la entidad estatal no está completamente comprobado, a la víctima solo le bastará con probar la ocurrencia de un daño antijurídico y la carga de probar que no hubo falla le corresponderá al Estado, pero como lo expresa Leiva (2010) a la entidad Estatal no solo le bastará probar que no tuvo culpa sino:

En segundo término y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva, de que adelante se tratará, se encuentra aquel en el que la falla o falta es presunta. En los eventos de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que, aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente, en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. En este sentido, la ausencia de falla del servicio demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuando es la entidad demandada, a la que le corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo. En este régimen, la administración se exonera mediante la prueba de la fuerza mayor, de la culpa de la víctima, o el hecho de un tercero, más no se exonera con la simple prueba de un caso fortuito, porque, con razón anota el tratadista René Champus, probar el caso fortuito equivale a probar la ausencia de culpa, y es bien sabido como en los regímenes de culpa presunta, la prueba de la simple ausencia de culpa, no libera de responsabilidad. Además, ha de tenerse presente que el caso fortuito, como tal, no es exterior a la actividad dentro de la cual ocurre el hecho causante del daño. (p.95)

1.6.2.2 Régimen objetivo de responsabilidad del Estado

Este régimen tiene como objetivo mantener las cargas que por obligación deben sufrir los ciudadanos de una forma que se pueda decir equilibradas. En ese sentido quien sufra una carga no equilibrada y padezca por ello daños e inferioridad frente a los demás administrados, el Estado será responsable en indemnizar a esta persona, es indispensable en el régimen de responsabilidad objetiva que el daño se cause a una persona en específico o un grupo ya que el ser un daño general será una carga que los administrados deben soportar.

En el régimen objetivo, el elemento subjetivo se elimina o se resta por completo, no es necesario probar culpa o falla del servicio, se atiende de manera exclusiva al daño, y el nexo causal existente entre la acción u omisión del responsable la conducta del sujeto le es indiferente al presente régimen. El presente concepto busca salvaguardar todos aquellos hechos en los que a la víctima le es casi imposible demostrar una culpa o dolo en la persona o entidad, liberando al agraviado de la carga de demostrar falla o falta en la conducta del responsable, ya que el responsable creó un entorno de riesgo, que, aunque lo hizo de manera legítima o protegiendo el interés general, generó un daño.

Este régimen tiene variantes las cuales se deben tener en cuenta para dar aplicación, las cuales son Daño especial, riesgo excepcional, expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, ocupación por trabajos públicos y bodegajes oficiales.

1.6.2.3 **Daño especial**

La mera existencia del Estado generan en sus administrados cargas e incomodidades que se deben soportar sin que ello genere un grado de reproche hacia las entidades Estatales, sin embargo, en los sucesos en que estas incomodidades superen el umbral o se pierda la igualdad ante la ley y las cargas públicas de los ciudadanos contenido en el (Const., 1991, art.13) el Estado vuelve con su accionar u omisión las cargas publicas frente a los administrados de tal forma que se pueden considerar inequitativas, surge lo que se llama el Daño especial.

Cuando las cargas ya no son iguales y se quebranta el equilibrio de la igualdad ante la ley, así sea por el comportamiento apegado ante la ley por parte de la administración pública o ente del Estado, es imperativo que las cargas se equiparen con su respectiva indemnización.

La corte constitucional nos ilustra en la sentencia (Sentencia C-333, 1996):

Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijuridico incluso originado en una actividad licita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art 1) y de igualdad (CP art 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la administración una obra legitima de interés general, 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, pues quienes han sufrido tal daño, no tienen por qué soportarlo, por lo cual este

debe ser asumido solidariamente por los coasociados, por la vía de la indemnización, de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues de un perjuicio especial sufrido por la víctima a 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 del Estado. 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.

Así mismo el Consejo de Estado es muy claro al expresar que este régimen de responsabilidad es el que surge del daño, en el actuar legal y legítimo por parte de una entidad estatal, es una “*responsabilidad sin falta*”, este tipo de responsabilidad no desea juzgar un acto ilícito, sino lo contrario, quien busca en las pretensiones que se declare al Estado responsable por daño especial, debe ser bajo un comportamiento del Estado estrictamente apegado a la ley, el Estado podrá estar desarrollando una actividad que es del beneficio común, pero aun así, no a todos les genera el mismo impacto, las cargas públicas se desequilibran, quien reclama es quien ha padecido un resultado más desfavorable que le implica las incomodidades de la vida en sociedad (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S16980, 2014).

Esa persona que considera que aunque el Estado lo acompaña todo el complejo normativo para justificar su conducta, pero aun así, percibe que es el destinatario de ese resultado excepcional y ha sufrido daños dignos de indemnización por la carga desigual, el régimen aplicable es el presente, sin embargo, el consejo de Estado ha dicho que el presente régimen tiene aplicación de manera excepcional, ya que se aplicará en los eventos que el caso puesto a consideración ante el juez puede ser subsumido dentro de los diferentes regímenes de responsabilidad consagrados (Becerra 2011).

La pretensión indemnizatoria por daño especial, en palabras del Consejo de Estado en la sentencia anteriormente dicha, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, así las cosas, no podrán alegarse en el mismo escrito de la demanda una falla en el servicio o vías de hecho del Estado.

Mientras en la responsabilidad por fallo en el servicio la afirmación se debe fundamentar en la ilegalidad del Estado y cuando se alega vías de hecho, el actuar del Estado a probar dentro del proceso judicial es la arbitrariedad, sucede todo lo contrario en el Daño especial, aquí los argumentos son la legalidad, oportunidad y la eficiencia de la actuación Estatal, dichos presupuestos son esenciales a probar si se desea que termine satisfactorio la solicitud de indemnización el régimen de daño especial y así poder restablecer el equilibrio de las cargas.

Son tres los elementos que se deberán tener en cuenta para declarar al Estado responsable por daño especial, los cuales son: primeramente, se debe general un daño antijurídico y no tenga razones de justificación, es decir probar que el daño sufrido es una carga que la ley no le exigía soportar, en segundo lugar el actuar ejecutado por el Estado legítimo deberá estar contemplado en la ley o constitución como un daño reparable y por

ultimo demostrar el nexo causal entre el daño y la actuación legítima del Estado que generó una carga insostenible a la víctima (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S13161, 2002).

1.6.3 Riesgo excepcional

Es indispensable que quien ejecuta una actividad altamente riesgosa por legítima que sea asuma su propio riesgo y se obligue a controlar el riesgo e igualmente el compromiso de responder frente a los daños que se originen con relación a esta actividad declarada riesgosa, así las cosas, cuando el riesgo no común lo origina una entidad Estatal el régimen aplicable de responsabilidad objetiva es el de riesgo excepcional, en este régimen, no es indispensable demostrar adicional al daño, que este haya sido por falla en el servicio, para el riesgo excepcional le es indiferente si el daño se causó en esas circunstancias, solo es importante tener claro que el actuar del Estado estaba dentro de las funciones de una actividad altamente riesgosa.

El consejo de Estado manifiesta (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S2000-75440, 2012).

Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio. Si quien asume la generación o el cuidado de una actividad peligrosa tiene el deber de asumir lo que de ella se sigue, ya sea adoptando las medidas preventivas correspondientes y respondiendo el daño causado, es apenas lógico suponer que de esta regla general se sigue que quien legítima o ilegítimamente incrementa el riesgo de una actividad que ya de suyo es peligrosa, ve incrementada correlativamente su responsabilidad frente a las consecuencias de esta

Como nos lo explica en su libro Ruiz (2008), tiene varias características a tener en cuenta para comprender la responsabilidad del Estado bajo el régimen de riesgo excepcional, en primero lugar, para el Estado le debe reportar un beneficio el desarrollar la actividad riesgosa que está ejecutando, por otro lado, la comunidad en general también se beneficia de la acción riesgosa que está ejecutando el Estado, como lo es por ejemplo la seguridad que genera a los ciudadanos el transporte de armas para contener un ataque de guerra o conflicto interno, por otro lado, como característica especial, es que el daño puede ser ocasionado por un tercero, pero por motivo del riesgo generado y asumido por el Estado de forma consciente, el Estado se ve conminado a responder patrimonialmente, y por ultimo no se debe poner en duda la licitud de las acciones emprendidas por la entidad estatal.

En los dos últimos regímenes expuestos, para que el Estado pueda desvincularse de la responsabilidad Extracontractual, es necesario probar fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero.

1.6.4 Expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra

Hemos venido hablando de las cargas que el Estado impone a los ciudadanos, las cuales se consideran legítimas y los mismos las deben soportar, sin embargo, la Constitución Política del 91, al ser una Constitución que organiza al Estado en Social de derecho, esto conllevó a que se ampliara el rango de responsabilidad del Estado, y es así como la misma (Const., 1991, art. 59) de manera directa preceptúa la responsabilidad del Estado en el régimen actual de la siguiente forma:

en caso de guerra y solo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el gobierno nacional sin previa indemnización.

En el expresado caso, la propiedad inmueble solo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la Guerra, o para destinar a ella sus productos.

El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por medio de sus agentes

Es necesario que la víctima demuestre los hechos expuestos por el artículo anterior, y son, la expropiación, su título de propiedad, al Estado le corresponde si su interés es no ser declarado responsable, alegar culpa exclusiva de un tercero.

1.6.5 Ocupación por trabajo públicos

Cuando el Estado se dispone en ejecutar una obra pública y los trabajos realizados en la obra requieren de la ocupación a un bien inmueble y de esa ocupación se generan daños, el Estado es responsable bajo estos presupuestos.

Nos encontramos ante una actuación lícita del Estado, el cual se encuentra realizando una obra que seguro va ser de beneficio de la comunidad, pero nuevamente entra en vigor las cargas desiguales, y el régimen objetivo protege a los ciudadanos contemplando la necesidad por parte del Estado de indemnizar a las víctimas, las víctimas no tendrán que cobrar la culpa de los agentes, al ser un régimen objetivo simplemente deberá acreditar el daño antijurídico y el nexo causal entre el daño y la actuación de la entidad Estatal.

Este régimen en términos históricos fue reconocido por primera en el año 1947 con sentencia del 29 de julio del Consejo de Estado.

Cabe resaltar que como lo explica el consejo de Estado en sentencia del 30 de septiembre de 1960, cuando se condena al Estado responsable por los daños sufridos en una ocupación permanente, esta misma sentencia goza de ser un título traslativo de dominio hacia la Entidad Estatal.

Por otro lado, si la entidad en su defensa tendrá los únicos medios proporcionados por la responsabilidad objetiva, y es desvirtuar el nexo causal por una fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Así las cosas, en Colombia nos encontramos bajo un régimen de responsabilidad Mixto, en el cual el Estado responde en el evento de falla en el servicio y también en aquellas hipótesis donde el Estado genera daños y desequilibrio en las cargas incluso en una conducta conforme a la Ley, son muchas las posibilidades que se abrieron gracias al enunciado del artículo 90 de la Constitución política: ya que al centrar la discusión en el daño antijurídico y en la no distinción de la entidad Estatal ejecutora del daño permitió de esa forma que la jurisprudencia lograra abarcar todo un complejo teórico hecho normal imperativa para vincular a una entidad que por décadas estuvo considerada como irresponsable, esto es, la rama del poder público que crea las leyes, el legislador como lo menciona la misma la Corte constitucional al referirse al presente tema (Corte Constitucional, SC-038, 2006)

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. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento.

Capítulo II

2 Responsabilidad del Estado por Hecho del Legislador caso colombiano

2.5 Antecedentes, dificultades en aplicación de responsabilidad por hecho del Legislador

Todo lo que se ha venido expresando anteriormente, como la responsabilidad del Estado se fue abriendo paso en el marco de un Estado reducido como el Estado de derecho, de la misma forma del alto rango de apertura de la teoría general de responsabilidad de Estado que se dio cuando se amplificó la presencia del Estado hacia sus gobernados en el marco del Estado Social de derecho; todo esto no sucedió de igual forma con una rama del poder público, hablamos de una rama, no de una entidad cualquiera del Estado con funciones tan excepcionales que no había necesidad de encontrar un régimen específico de responsabilidad, hablamos de la rama de poder público Legislador. Leiva (2010).

Como ya se tiene claro en un Estado con división de poderes se tienen tres ramas del poder público, Ejecutivo, legislativo y judicial, al principio se entendía que la obligación del Estado de indemnizar era por daños patrimoniales originados en el marco de las funciones de la administración pública, al centrar la mirada en solo la responsabilidad extracontractual de cada una de ellas, según la división brindada por el (Const., 1991, art, 113), sabemos que la responsabilidad Extracontractual se divide en administrativa, judicial y legislativa.

En desarrollo jurisprudencial, en el marco de funciones administrativas y judiciales, fueron las más beneficiadas en su aplicación en términos de marco normativo y progreso jurisprudencial respecto a la declaratoria de responsabilidad del Estado, llámese ley o jurisprudencia con la entrada del Estado de derecho y social de derecho. Yéndonos a un caso más preciso como el colombiano, la administración pública cuenta con su propio complejo normativo teniendo como principal la ley 270 de 1996, respecto a la responsabilidad originada dentro de las funciones judiciales, la jurisprudencia y la leyes de nuestro país han especificado bajo qué circunstancias podría dar lugar a declarar responsable al Estado, esto es en el error judicial, detención injusta e indebido funcionamiento de la administración de justicia (ley 270, 1996).

Todo lo anterior es hablando sobre lo actual, sobre lo desarrollado desde el nacimiento de la constitución de 1991, pero como pueden ver en todo el desarrollo del capítulo I, la rama del ejecutivo y judicial siendo claro está, más predominante el ejecutivo, los que siempre tuvieron el ojo de lupa de la teoría de la responsabilidad del Estado.

Pero esto no sucedió con el legislador, de manera casi general en todos los Estados de Europa o América que adoptaron una forma de organización republicana e igualdad ante la

ley consideraban hasta casi a mediados del siglo XX irresponsable al legislador, sucediendo igual en el Civil Law como en el common law. Leiva (2010)

El camino de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador estuvo siempre lleno de obstáculos, un sendero oscuro que no permitía dilucidar con claridad cómo hacerlo y cuándo hacerlo responsable, ya que el Legislador al ser el protagonista de la teoría del Estado de derecho en términos de representación de la soberanía del pueblo (Vedel 1986), no se podía plantear la posibilidad que esa soberanía se podía equivocar, no era admisible pensar que el soberano que lo eligió no debía soportar las cargas impuestas por este órgano representativo, los representantes al ser considerado como la más alta manifestación de la soberanía no debía estar sujeto a la ley, esto traería un estancamiento delicado en el ritmo evolutivo de las leyes y estancaría en su totalidad al Estado, por otro lado el grado impersonal de la ley no podía individualizar la víctima, y que las mismos destinatarios de las leyes debían soportar dichas cargas. Leiva (2010).

La rama judicial siempre tuvo las manos atadas para declarar responsable al legislador bajo el sistema Estado de derecho, ya que este no podía declarar indemnizaciones, que la misma ley no contenía en su contenido literal, el hacerlo era usurpar las funciones legislativas, cambiando o reformando la misma ley. Botero (2007).

Como podemos observar, eran varios los dogmas que no permitieron que durante los siglos XVIII, XIX y gran parte del XX en occidente se pudiera desarrollar y dar aplicación al régimen general de responsabilidad del Estado al legislador, estas circunstancias se originaron por la poca supremacía que tenía las constituciones políticas en cada país, el poco control que había hacia las leyes en la gran mayoría de países bajo la óptica de un Estado de derecho.

En Colombia la creencia en que las mismas leyes de manera discrecional son las que literalmente debían contemplar el tipo de indemnización causada por la misma ley se sostuvo hasta 1990, todo esto afirmado bajo el celo y respeto a las funciones de cada órgano del poder público, ya que para la teoría el hecho que un juez reconociera una indemnización que la ley no declaraba, era remplazar y asumir funciones legislativas creando nuevos derechos que la ley no había dado.

Sin embargo, en algunos países como Francia a finales de la década de los 30 como lo veremos posteriormente en el derecho comparado comenzaron a surgir decisiones judiciales declarando al Estado responsable por una función legislativa dando así los primeros pasos y señas de hacia donde se debía dirigir un Estado totalmente responsable sin sostener que ningún órgano o rama del poder público debía continuar en la impunidad. Botero (2007).

Con la entrada del Estado social de derecho, y la amplificación de la Corporación política se requería de complejos normativos más densos para cada materia, para cada aspecto de la vida cotidiana, eso originó que las leyes fueran más directas en el sentido de su destinatario final de las cargas, permitiendo así sentar las bases de lo que se vendría más adelante respecto a la responsabilidad del Estado Legislador. Leiva (2010).

Con una constitución política como norma de normas, y no como una simple carta de organización política en un territorio, cobró bastante importancia como limitador de la función legislativa, de las materias que se podían regular y que tenía sus respectivos límites, es decir, el Estado legislador ya no era un ente sin límites de expresión de la soberanía popular, al respecto Sarmiento (2010) que cita a Fernández Rodríguez, expresa:

el principio de libertad de conformación del legislador, no solo admisible y justificable en un sistema democrático, sino que también necesario, no debe concebirse con unos rasgos absolutos, como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo. Antes bien, debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la constitución y con su carácter supremo, que exigen llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional. (P. 33)

Es importante resaltar que con la entrada del Estado Social de derecho en los primeros países europeos, eso no significó que la responsabilidad del legislativo se diera por sentada, se requería de un mayor desarrollo de la supremacía de la Constitución y del control hacia las leyes, este desarrollo se daría en algunos países Europeos y latinoamericanos, recalcando eso sí, que no es necesario el control hacia las leyes en apego a la carta magna para que se declare al legislador responsable, como lo expresa la (Corte Constitucional, SC-038, 2006)

El control de constitucionalidad no es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Incluso, un examen del derecho comparado nos demuestra la independencia de ambas figuras pues es posible apreciar que hay ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes vigentes que reconocen la posibilidad de responsabilidad del legislador (Francia); ordenamientos sin control de constitucionalidad de leyes y sin mecanismos de exigencia de responsabilidad del legislador (Reino Unido); ordenamientos con control de constitucionalidad en los que no hay una asociación entre inconstitucionalidad y responsabilidad patrimonial (EE.UU.); ordenamientos con control de constitucionalidad y reconocimiento – limitado a lo dispuesto por la ley- de un derecho a indemnización por los perjuicios causados por leyes (España), y ordenamientos con control de constitucionalidad en los cuales no se admite la responsabilidad del legislador (Alemania). Curiosamente, en el derecho comparado la figura de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador ha sido de creación jurisprudencial y en cada país se han acogido distintos regímenes y fundamentos de responsabilidad.

La Corte Constitucional es clara al resaltar como en varios países al acoger la idea que el Legislador es responsable no se requiere de un control constitucional sobre la ley para que se origine la declaratoria de indemnización del Estado por los daños causados por la ley, por otro lado, expresa lo que ha sido un hecho irrefutable, y es que en la responsabilidad del Estado Legislador es de desarrollo exclusivo de la jurisprudencia.

Con el control a las leyes, centralizando la discusión de la responsabilidad del Estado en el daño y no en la falla del servicio, permitió tener un panorama más despejado para la entrada en pleno de la responsabilidad por hecho del Legislador a mediados del siglo pasado, afirmaba Sayagues (1953) en los últimos años, se observaba una tendencia que se inclinaba hacia una conciencia respecto a que el legislador debe ser responsable por los daños que genere con su actuar.

Ese camino favorable en occidente y en Colombia lo fue despejando las teorías objetivas de responsabilidad extracontractual del Estado, el hecho de afirmar que el Estado no es solo responsable bajo una conducta ilícita, que se deben trasgredir las leyes preestablecidas para que se origine un falla en el servicio esperado y por ende una responsabilidad del Estado, sino también en aquellos eventos ya explicados de responsabilidad objetiva, la cual se centra en el daño antijurídico, el nexo causal entre la acción u omisión del Estado sin necesidad de realizar un juicio de reproche sobre la conducta del agente del Estado.

Sin embargo, el hecho determinante para que se abriera paso completamente a la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en Colombia fue con promulgación de la Constitución Política de 1991, esta dio los medios suficientes y necesarios para que el Colombia se reconociera mediante la jurisprudencia la responsabilidad del legislador.

1.5 Derecho comparado en aplicación de Responsabilidad por Hecho del Legislador

1.5.1 Francia

Son varios los países en donde la aplicación de responsabilidad del Estado ha ido evolucionando aplicándola en su ordenamiento jurídico, teniendo como punto de partida siempre la Jurisprudencia de cada país, el hecho que las Sentencias de la Corte y el Consejo de Estado cuando aplican derecho comparado siempre tracen la historia de Francia, es porque es allí donde se dio origen mediante decisión judicial a la responsabilidad del Estado por hecho del Legislador, en cada Sentencia del Consejo de Estado o Corte Constitucional se hace necesario traer la famosa sentencia del año 1938 donde el Consejo de Estado declaraba responsable al Legislador, el caso se llama “*arrêt La Fleurette*”.

Surgió de una ley expedida en el año 1934 en la cual se prohibía la fabricación de cremas lácteas con productos diferentes a la leche, perjudicando con esta ley a una única sociedad *Société des produits laitiers*, la cual fabricaba sus productos a base de leche, aceite de cacahuets y yemas de huevo, este conflicto entre la sociedad hacia la ley, fue el detonante para que el Consejo de Estado Frances trajera a colación el término “*el equilibrio igualitario ante las cargas públicas*” en efecto los individuos deben soportar las cargas impuestas por su legislador bajo el principio de la soberanía, sin embargo las cargas impuestas por este debían ser igualitarias y que el rompimiento de ese equilibrio causando daños antijurídicos hacia una persona o grupo de individuos era razón para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por hecho del Legislador.

Esta tesis de igual forma fue acogida en el año 1944 con una ley del año 1938 que perjudicaba a los productores de Cerveza que utilizaban productos como la Malta, cebada y

el Lúpulo favoreciendo a los que utilizaban predominantemente el cereal, como vemos dentro del marco del Sistema de Estado de derecho, el legislador de forma legítima en el año 1934 impuso carga a sus súbditos, sin embargo, el equilibrio se rompió sobre manera hacia un grupo concreto de personas, podemos ver en estas decisiones el parecido que tiene con las decisiones adoptadas en nuestro país por las altas Cortes.

Cabe resaltar que en Francia a diferencia de lo que hemos aprendido en Colombia no existe el control de Constitucionalidad, ya que en ese país el control se realiza previo a que la ley se convierta en ley, en ese sentido, cuando en Francia una proyecto se hace ley es porque se supone que ya pasó los controles, así las cosas en Francia no se aplica el régimen de imputación de falla en la función legislativa, ya que no hay lugar para demandar por vicios de constitucionalidad una norma (Corte Constitucional, SC-038, 2006)

El consejo de Estado Frances ha tenido especial énfasis en el derecho comunitario, ya que las leyes que se promulguen en dicho país no deben ir en contravía del complejo normativo de la Unión europea, y en ese sentido en su aplicación podrían generar las responsabilidades correspondientes hacia el administrativo aplicando las leyes, vemos como en Francia son reacios en reconocer un falla en la función legislativas, ya que como vemos en contravía de una ley nacional a una comunitaria, se sanciona y castiga es al administrativo por expedir los reglamentos para dar aplicación a la ley, y no al legislativo, fuente primaria del error (Sentencia C-038 2006).

1.5.2 España

La Constitución política de España de 1978 establece en el artículo noveno de manera general la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin embargo no habla de manera literal sobre la responsabilidad del Legislador, lo cual si hace con el administrativo y el judicial, sin embargo a partir del año 93 durante un conflicto jurídico entre empresas pesqueras y el Estado Español que se vieron perjudicadas por normatividad de la Unión Europea de eliminar pagos aduaneros a los pescados importados, el Tribunal supremo de España acogió la figura de la violación del principio de la confianza legítima condenando bajo ese fundamento al Estado legislador por las normas expedidas, es así como el tribunal defendió los derechos adquiridos de las personas previo a la nueva normatividad, entendiendo esto como que el ejecutivo y el legislador incumplen sus compromisos con sus ciudadanos violando así la confianza legítima.

Por otro lado, en España el tribunal resalta que, aunque el daño ocasionado a los ciudadanos se origina por la aplicación por parte del administrativo no se puede negar la responsabilidad del legislador en aquellos eventos donde la aplicación de la ley genera daño patrimonial los cuales se puedan singularizar. Todas estas sentencias se originaron gracias a la constitucionalización del derecho en España, dando la imperativa necesidad que las leyes se ajusten a la Constitución.

A partir del año 2000 en las sentencias de 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre, en España el alto tribunal comenzó a dar énfasis al daño patrimonial generado por las leyes, brindando la protección a los ciudadanos de aquellas leyes declaradas inconstitucionales, en efecto en dichas sentencias resaltan que, en el marco de una norma

superior, el Legislador no es la excepción de sujeción al imperio del contrato social, y que en los casos en los que la ley vulnere la Constitución, dejando claro que la responsabilidad del Estado legislador de indemnizar se puede desprender de la inconstitucionalidad de la ley siempre y cuando esta origine daños patrimoniales en los derechos pre establecidos y en los intereses jurídicos protegidos.

Cabe anotar que en España a diferencia de varios países de Europa llegaron tarde en lo que respecta a la aplicación de la responsabilidad del Estado por hecho del Legislador, quizás esto lo explique su gran arraigo a la Monarquía y por otro lado a la dictadura generada por Franco, lo que no permitió que el derecho evolucionara por medio de la jurisprudencia al mismo ritmo de los demás países europeos posterior a la Segunda guerra mundial.

1.5.3 Chile

En Chile con el interés de proteger los derechos de propiedad de las personas de manera literal han reconocido la responsabilidad del Estado que se pueda originar en los eventos en los cuales el Estado asuma un monopolio sobre una actividad mercantil, sin embargo esta clase de responsabilidad es muy diferente a que la que se origina por ejemplo en nuestro país, ya que aquí se tiene claro que lo que debe hacer el Estado Colombiano es reparar a las personas que se encontraban comercializando dicho producto ahora en monopolio del Estado, en Chile por lo contrario lo que la norma le exige al legislador es dar facilidades de cambio de negocio o dejación del mismo en un periodo determinado de tiempo para evitar mayores daños, sin embargo cabe destacar que la Jurisprudencia si ha sostenido la idea de tener un legislador responsable así la ley de manera expresa lo contemple, por ejemplo en la Sentencia la Corte suprema de dicho país del 07 de agosto de 1984, trajo a colación la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en los eventos en los que no se protege la propiedad, este conflicto surge por efecto del decreto 29 de 1976 que prohibía la explotación de una específica planta, la alta corte estimó que aunque la ley representaba el interés general de proteger la fauna y la misma ley no traía método de indemnización, los derechos de propiedad se debían respetar a las víctimas y por ende darles las respectivas reparaciones.

La luz que guía el derecho chileno de responsabilidad es el respeto a los derechos de propiedad de las personas, así que en todo evento en los cuales la función pública sin distinción del órgano no respete dichos derechos la indemnización se hace indispensable.

1.5.4 Uruguay

En Uruguay el único reconocimiento de responsabilidad del Estado por hecho del legislador se origina en los eventos en los cuales la ley ordena el monopolizar una actividad económica, en efecto, en los años 30 cuando el Estado Uruguayo decidió mediante ley monopolizar el mercado del petróleo y alcohol, la jurisprudencia ordenó que debían reparar a las personas que se vieron perjudicadas con la decisión, ya que aunque la ley puede tener el espíritu de favorecer al colectivo, perjudica a unos pocos, con esto generando un daño especial y cierto que debe ser indemnizado por el Estado.

1.6 Reconocimiento de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador en Colombia

Cabe resaltar que en el caso colombiano se evidencia que desde hace décadas ya se tenía una noción sobre la responsabilidad del Estado por hecho del Legislador por parte de la doctrina, como lo expresaba Caro en 1886 (Citado por Botero, 2007).

Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida mientras no haya, como no lo hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer una ley por cuanto la juzgad contraria a la constitución. Tal principio, sería anárquico. Pero si debe tener el derecho a exigir que no se cumpla en su daño, y los tribunales no deben aplicar cuando lesiona derechos civiles garantizados por la constitución (p.135).

Es revelador que la doctrina ya hace más de un siglo desconfiaba de los resultados dañinos de las leyes, las cuales debían estar sometidas al filtro de la sociedad, para que así siempre estuvieran enmarcadas y respetando derechos preestablecidos en la Constitución, se agrega lo manifestado por Tascon en 1934 (Citado por Botero 2007) “Creemos que, si el legislador expide una ley inconstitucional y con ello causa perjuicios a los particulares, el Estado está obligado a indemnizarlos conforme a los principios de establecen la responsabilidad del Legislador” (P.136).

Es importante valorar que la doctrina ha sido en gran parte las fuentes de donde se basan las decisiones de los jueces, y en su mayoría los doctrinantes colombianos han estado de acuerdo con que el congreso no carezca de responsabilidad y como el desarrollo normativo de la responsabilidad del Estado ha sido casi que exclusivo de la jurisprudencia, es indispensable resaltar el papel importante que ha jugado la doctrina, como lo vemos en los autores citados, resaltando la necesidad de establecer la responsabilidad del Legislador tanto en normas declaras inexecutable, como aquellas en las cuales se generan daños sin haber sido declaradas contra la carta magna.

Es así como la jurisprudencia vio en la doctrina y en el derecho comparado las herramientas para ir desligando a Colombia de los Estados donde el legislador actúa sin responsabilidad, sus primeras decisiones que declaraban la obligación de indemnizar a particulares por funciones legislativas se limitaban como lo vemos en la sentencia de la corte suprema de justicia del 10 de septiembre de 1920 a las reparaciones que se debían hacer a particulares cuando se les privaba de ejercer la actividad económica sobre un producto en específico a favor delos monopolios del Estado, ya en 1939 por sentencia del 04 de septiembre de la Corte suprema de justicia le requería al congreso declarando inexecutable el artículo 04 de la ley 125 de 1937 mayor claridad al estipular “utilidad pública e interés social para las expropiaciones” ya que solo bajo ese criterio se podían declarar expropiaciones en la industria bananera y el concepto era muy ambiguo como para generar seguridad jurídica.

Bajo estos antecedentes llegó el nuevo marco jurídico aplicable a Colombia, el cual sería no una situación normal en nuestro país, en efecto la Constitución política del 91 fue el gran evento en términos de derecho administrativo y responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, la evolución jurisprudencial por parte de las altas cortes posterior a la joven

carta magna referente a la no continuidad de impunidad del Congreso permitieron encontrar las soluciones a las dificultades de aplicación comentadas en los párrafos anteriores.

La Constitución política alargaba la obligación de indemnización por parte del Estado incluso a los hechos no originados bajo una conducta ilegítima, sino con igualdad las legítimas, sin importar de donde provengan dichas actuaciones, todo esto en el (Const., 1991, art, 91):

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

El artículo 90 es revelador al referirse como autoridades, incluye allí igualmente a aquellas que tienen funciones legislativas, y es que el dogma que de forma predominante ha imperado por décadas que el administrativo con sus operaciones, acto y omisiones es la principal fuente de indemnizaciones se hacía necesario replantearla para incluir las consecuencias de la función legislativa.

Desde el 91 se superó la idea que el no pronunciamiento del Legislados sobre indemnizaciones de daños causado por la aplicación de una ley era obstáculo para declararlo responsable, bajo el régimen general estipulado por el artículo 90 del daño antijuridico, ya que desde esta óptica se podía concluir si el ciudadano debía o no soportar la carga impuesta por la ley, si las cargas fueron desiguales y por ende la victima solicitar declarar al Estado legislador responsable por ello, sin necesidad que la ley se haya referido en la forma de cómo se debían reconocer las indemnizaciones, como lo expresa la Corte Constitucional en la ya citada (Corte Constitucional, SC-038, 2006)

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.

Con este panorama las Altas Cortes tenían las herramientas suficientes para iniciar con la tarea de dejar claro que en Colombia no había ningún ente Estatal libre de responsabilidad, en el año 1998, el consejo de Estado profirió su primera sentencia declarando responsable al Congreso de la Republica por una norma exequible, fue un 25 de agosto cuando Colombia se alineó a lo que el derecho en otros países como Francia ya había dejado por precedente, y es que el Congreso en su función de legislar, aunque esta sea la manifestación de la soberanía del Estado, se podría equivocar. La sentencia trataba de una situación generada por el asesinato de un colombiano que fue atropellado por un Coronel del Ejército de los Estados Unidos con un carro de propiedad de la embajada Estado anídense, el Coronel no pudo ser demandado en el presente país, en razón a la ley sexta de 1972, la cual aprobaba la entrada del Estado Colombiano a la convención Viena, dicha convención brindada inmunidad diplomática, en efecto, el presente caso muestra la facultad legítima del Estado de firmar

tratados y manejar su política internacional, sin embargo en el desarrollo de esa actividad, el artículo 90 de la Constitución hacía responsable a dichas entidades (Congreso y ministerio de relaciones exteriores) por los daños causados en esa función legítima, el Consejo de Estado en su momento, manifestó que era pertinente aplicar el régimen de daño especial (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, SIJ-001, 1998).

Estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma de dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar

El consejo de Estado estimó que al generar un desequilibrio a favor de una persona que goza inmunidad, afecta el equilibrio de otro, las personas que no podían demandar ante su juez nacional para que se les protegiera sus derechos sufrieron de una carga que la constitución ni la ley los obligaba a llevar y por ende el desequilibrio en las cargas publicas era evidente, declarando el Consejo de Estado responsable por hecho del Legislador bajo el título de imputación jurídica del desequilibrio de las cargas públicas o daño especial.

Por el lado de la joven Corte Constitucional también era juiciosa con la tarea en detener la impunidad del órgano legislativo del poder público, dejando criterios como el siguiente en la sentencia (Corte Constitucional, SC-543, 1996)

el legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por el legislador favorece ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en el desarrollo de ese mismo deber el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que le otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial armonizar con ella.

La corte constitucional no se hizo esperar en dejar claro al Congreso que ya no eran los árbitros de la Carta política, y que sus actos debían siempre encuadrar con el texto constitucional, en ninguna circunstancia en contravía y que el control de Constitucionalidad de las leyes habría la posibilidad de declarar responsable al legislador frente a fallas en la función legislativa.

Es así como comenzaron a funcionar las cosas gracias al escrito generado por la asamblea nacional constituyente, la supremacía constitucional le dio una sujeción de respeto a las leyes sobre ella Alonso (1999), la constitucionalización de nuestro derecho eliminó toda impunidad en responsabilidad extracontractual a algún ente Estatal, la protección sobre el particular ya era segura y el complejo normativo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional brindó la certeza que la función legislativa ya no era irresponsable.

1.7 Función legislativa

Se hace necesario conocer con detalle sobre las funciones de la rama legislativa, para así entender bajo qué perspectiva y bajo qué circunstancias puede ser declarado responsable ya que lo que busca el presente trabajo de grado, es centrarse bajo la óptica del sentido formal de la ley, y no en el amplio sentido material de la misma.

El (Const., 1991, art, 114) describe cuales son las funciones del Congreso: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”

Cabe destacar que el monopolio de la ley se rompió un poco con la constitución política de 1991, ya que hasta las directivas del Banco de la república a manera de ejemplo pueden ser consideradas con rango de ley, el presidente en circunstancias excepcionales igualmente puede emitir normas con fuerza de ley. Botero (2007).

La ley según la pirámide que Kelsen (1934) nos proporciona para jerarquizar las normas de un ordenamiento jurídico, nos informa que la ley, acto por el cual se pronuncia de manera general el legislador se encuentra en el segundo rango, al estar en dicho rango, obliga que sea una norma impersonal, teniendo como destinatarios a una pluralidad de individuos, por otro lado la atribución de regular los derechos individuales solo es brindada por la Constitución política al legislador; el (Const., 1991, art, 150) manifiesta que se puede hacer mediante las leyes, entre algunas las siguientes: interpretar, reformar y derogar las leyes, expedir los códigos de cada ramo y reformarlos, aprobar los planes de desarrollo, definir la división general del territorio colombiano, regular las funciones de control proporcionadas por la constitución al gobierno nacional, autorizar al gobierno la venta de activos nacionales, establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración, determinar la moneda legal, aprobar o improbar los tratados que el gobierno firme con entidades internacionales, modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público y expedir las leyes de intervención en la economía.

Quedan faltando muchas más materias en las cuales el congreso puede regular, limitar, que no se traen a colación, sin embargo, es claro evidenciar que el campo de acción del Congreso es extenso y por ende en algún momento determinado esas leyes, regulando estos temas se pueden convertir en perjudiciales o dañosas hacia sus destinatarios.

El congreso mediante los mandatos constitucionales y restricciones específicas es a lo que llamaríamos, libertad de configuración normativa, es todo el campo de acción y de restricción que tiene el congreso. Existen materias que el congreso no puede disponer de ellas, como por ejemplo el artículo 11 de la constitución política que expresa el derecho a la vida y prohíbe disponer de ese derecho mediante la pena, en este caso, se pueda observar la imposibilidad por parte del congreso de legislar frente a este tema en específico. Sarmiento (2010).

Vemos como la hoja de ruta del Estado legislador la plasma la misma constitución Política, siendo esta misma la única limitante a la libertad de configuración legislativa; hay materias en las cuales la constitución política hizo una redacción de la materia tan amplia y explícita que el legislador no tiene la necesidad de legislar sobre el tema, ya que el mismo constituyente se abrogó la potestad de regular a amplitud sobre la materia, por lo tanto, la función legislativa y la libertad que tiene el legislador de ejecutar dicha función como órgano del poder público, dependerá del nivel de operatividad de la norma constitucional. Al respecto Sarmiento (2010) nos amplía diciendo:

Podríamos sostener que la libertad de configuración del legislador obedece al valor democrático que el 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 un ejercicio en el marco de una 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)

1.8 La ley como hecho dañoso

Ha sido complejo determinar a la ley como hecho dañoso, se planteaba en primer lugar el obstáculo de la declaratoria de inconstitucionalidad, es decir, para que la ley pudiera ser determinada como dañosa hacia sus destinatarios, la misma debía ser declarada como no apta a los principios y fundamentos de la constitución política, sin embargo como ya lo observamos anteriormente, la Corte en (Corte Constitucional, SC-038, 2006) nos aclaraba que este requisito no era indispensable para determinar el daño en la ley, ambas actuaciones se deben ver de manera separada, ya que no toda norma declara inconstitucional es declaratoria de responsabilidad del Estado y viceversa, es así como se plantea la importancia de no tener como requisito previo a la declaratoria de responsabilidad del Estado por hecho del legislador la declaratoria de inconstitucional la ley y así la ley ser considerada dañosa.

El tema presupuestal ha sido otro tema coyuntural para considerar la ley como fuente de daño, ya que la ley al ser general y abarcar un gran número de individuos, amplía la esfera de quienes pueden pedir una indemnización por parte del Estado por daño patrimonial, sin embargo, las doctrinas y decisiones jurisprudenciales han sido enfáticas en resaltar como lo expresa que la función legislativa se encuentra dentro del marco de la manifestación de la soberanía del Estado, así las cosas, mirar a las ramas del poder público como división de funciones y no como una división de poderes, ya que el poder es una unidad, proporciona las razones suficientes para no exceptuar ninguna función bajo un régimen de responsabilidad, ya que el Estado se debe a sus ciudadanos (Álvarez & Monceleano 1984).

La generalidad de las leyes de igual forma ha representado otro obstáculo para considerar la ley como hecho dañoso, ya que siempre se ha exigido la especialidad del perjuicio, individualizar a la víctima o víctimas, al ser la ley general se convierte en una necesidad ser declarada como una carga pública que sin reproche se debe soportar por los administrados,

sin embargo traigo a colación en términos generales lo explicado por Friedrich (1975) ya que zanja en parte el tema de manera brillante con la explicación que la ley comúnmente es considerada general, lo cual se puede aceptar en las relaciones civiles o penales, son códigos que no especifica a quien va dirigido su complejo normativo, la ley es general en su promulgación, pero en su aplicación por parte del ejecutivo o judicial se cierra la esfera de destinatarios individualizando las víctimas si genera un daño en la aplicación de las leyes, por otro lado, Starck (1979) encontramos otra solución al problema de la generalidad de la ley y es que no todas las leyes son generales, las normas policivas y civiles pueden ser consideradas generales, sin embargo hay un punto intermedio de tipo de leyes donde regulan situaciones específicas de sujetos especiales, como por ejemplo un impuesto a un grupo específico de la economía, una pena específica a un funcionario especial del Estado, una limitación de comportamiento para un rango de edad de las personas, en ese sentido, la norma pierde su generalidad y crea consecuencias que se puede especificar y encontrar así la especialidad del daño y considerar la ley como fuente de daños.

Así las cosas, la ley puede ser pluriofensiva, queriendo esto decir que la ley puede ocasionar daños a diferentes tipos de intereses jurídicos o derechos, como derechos fundamentales, colectivos, patrimoniales o derechos de otros Estados (Botero 2007), sin embargo al tener cada vulneración de estos derechos su forma específica para hacerlos valer frente a la rama judicial, tutela, acción popular etcétera, cabe destacar al ser la función legislativa, una función con características impersonales y generales, se torna complicado mediante acción de tutela hacer valer un derecho fundamental vulnerado por una ley (Corte Constitucional, ST-430, 1992) teniendo así que acudir a la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, cabe resaltar que los jueces al invocar la excepción de inconstitucionalidad cuando una ley es evidente que viola un derecho fundamental, así esta no haya sido declarada inexecutable, si un juez, al proteger la integridad de la constitución, tutelando el derecho de un individuo, evidentemente está cuestionando el contenido de la ley y por ende la misma función legislativa del congreso. Botero (2007). Esto no sucede lo mismo frente a los derechos colectivos (que se pueda declarar la responsabilidad del legislador por medio de la acción propia del derecho, en este caso la acción popular) ya que como lo propone Botero el remedio legal más oportuno sería la acción de inconstitucionalidad

Podemos concluir con estos postulados que la ley puede considerarse como hecho dañoso en dos circunstancias, en aquella en la cual la norma no encuadra dentro del marco de la constitución política y es declarada inexecutable y en las circunstancias en las cuales la ley es constitucional y ocasiona un daño antijurídico.

1.9 Responsabilidad del legislador por norma inconstitucional

En estas circunstancias se evalúa aquellas leyes que son sometidas a un juicio de constitucionalidad, normas que para algún sujeto, llámese entidad pública o privada considera que no debe aplicarse en el ordenamiento jurídico, ya que la misma niega la constitución, al ir en contravía la carta magna; sin embargo cabe resaltar que en estos casos cambia el juez natural de dirimir los conflictos originados con interferencia de una entidad pública (Contencioso administrativo) aquí el juez natural es la alta corte encargada de guardar con celo el orden constitucional de las normas, la Corte Constitucional.

Las normas comúnmente son demandadas por ciudadanos que consideran que la ley los va a perjudicar o los perjudicó, por ese motivo la declaratoria de inconstitucionalidad es una de las herramientas para declarar responsable al Estado por hecho del legislador, al respecto traigo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia (Corte Constitucional, SC-038, 2006)

Si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias. Sin duda el caso más conocido es el de la sentencia C-149 de 1993, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto, la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el fisco. Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución.

Aquí la corte resalta la importancia de tener claro que la función de declarar responsable al Estado de reparar patrimonialmente a víctimas por hecho dañoso originado en la ley, no es una función específica para ellos, las sentencias que ellos profieren declarando inexecutable una norma con algunos efectos retroactivos cumplen de igual forma ese fin reparador de los yerros originados por la norma viciada y que al declarar la no aplicabilidad de la norma todos aquellos efectos negativos que causaron daños serán declarados antijurídicos y así utilizar como herramienta ante lo contencioso administrativo la decisión de la Corte para la respectiva indemnización por los perjuicios causados, siendo así las cosas el título de imputación para que exista responsabilidad del Estado es la sentencia de la Corte Constitucional.

De lo anterior se desprende lo necesario de aclarar que frente a decisiones de la Corte constitucional de establecer inexecutable una norma, y la misma corte modula sus efectos, al día de hoy existe un consenso y seguridad jurídica notables, ya que al ser la misma Corte quien regula los efectos de su decisión hacia el pasado, con el fin que los efectos negativos originados por la norma que va en contravía de la Carta se subsanen o reparen, no hay mayor discusión sobre la claridad en la orden de la misma Corte en reparar los daños generados por la ley inconstitucional. Aunque son pocos los ejemplos a exponer frente a este supuesto, ya que la regla general es que la Corte profiera sus providencias con efectos hacia el futuro y no moduladas, se encuentra la (Corte Constitucional, SC-149, 1993), en la cual la Corte declaraba inconstitucional el cobro de un tributo y ordenaba la devolución del mismo, es

decir una sentencia con efectos *ex tunc*; sucede lo contrario con las leyes declaradas inconstitucionales y la Corte como es su regla general les confiere efectos *ex nun*, al respecto no hay unidad de conceptos.

El (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S2003-00175, 2014) en demanda de Godygear de Colombia S.A. contra el Congreso, manifiesta que este tipo de sentencias si genera responsabilidad del Estado por hecho del Legislador, ya que la norma siempre fue inconstitucional generando así daños antijuridicos los cuales los ciudadanos no tenían el deber jurídico de soportar y dejando en evidencia la falla del servicio legislativo y la necesidad de reparar a las víctimas de esos yerros; sin embargo otro sector de la jurisprudencia expresa que declarar al Estado legislador responsable por normas inconstitucionales no moduladas, es suplantar el papel de la Corte constitucional de darle efectos hacia el pasado de las normas, la cual se presume constitucional hasta que no se demuestre lo contrario, en la sentencia expuesta anteriormente, el meollo del asunto versaba en la declaratoria de inconstitucionalidad en el cobro de unas sumas del cobro por tasa especial de servicios aduaneros (TESA) de la (ley 633, 2000, art, 56,57), de allí se desprendieron una serie de demandas hacia el Estado por las personas que consideraban que sufrieron un daño antijuridico por pagar dicha contribución, la jurisprudencia no fue unánime en todas las demandas que discutían casi de manera idéntica el perjuicio causado, en la (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S2003-00175, 2014) efectivamente se reconoció la responsabilidad del Estado por hecho del legislador bajo los argumentos ya expuestos, pero en otras no lo hicieron, bajo la premisa que el daño antijuridico no se logró demostrar.

Se asegura entonces, que le corresponderá al juez de lo contencioso administrativo evaluar si la ley inexecutable y el efecto dañoso se encuentran relacionados en su causa y una vez logrado ese nexo causal, probar la antijuricidad del daño, es decir que la víctima no estaba en la obligación de soportar dicha carga impuesta por la ley.

Ahora bien, como el Consejo de Estado lo deja claro, la acción procedente en las circunstancias en las cuales las personas sufren cargas desiguales que no estaban obligadas a soportar bajo una ley posteriormente declarada inconstitucional, es la acción de reparación directa sentencia (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S2002-00458, 2013):

La acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública.

El consejo de Estado es claro en recalcar que en estas circunstancias lo que se alega o solicita es una declaratoria de la falla en la función legislativa, lo cual la misma corte Constitucional en la Sentencia ya antes referida la (Corte Constitucional, SC-038, 2006) también resalta que la acción de reparación directa contemplada en el (Código de contencioso administrativo, 2011, art 86) no excluía los daños originados por legislador en concordancia con el artículo 90 de la constitución política.

Se hace imperioso decir lo expuesto por el Consejo de Estado en la anterior sentencia citada respecto a la acción de reparación directa es el título de imputación idóneo, eso no

sucede cuando la norma declarada inconstitucional no contempla efectos retroactivos por parte de la Corte Constitucional, en efecto cuando esto sucede, el régimen aplicable no es el subjetivo o falla en la función Legislativa, por ende se deberá aplicar y demostrar todos los elementos del régimen objetivo, es decir que la norma incluso sin la declaratoria de inexecutable ya sometía a la víctima a una carga pública desigual, teniendo como consecuencia un daño antijurídico atribuido a la norma promulgada por el congreso. Esto es importante tenerlo en cuenta, ya que por lo general las decisiones de la Corte Constitucional tienen efectos inmediatos y hacia el futuro, la Corte se deberá pronunciar sobre los efectos retroactivos si estos tienen lugar y si no lo hace, el Consejo de Estado no está facultado para hacerlo, bajo este entendido queda claro que el único evento en el cual se debe aplicar el título de imputación de la falla en la función legislativa es en aquellos eventos en que la Corte declaró una ley inconstitucional y de igual forma ordenó en la misma sentencia que era obligación del Estado dejar las cosas a su punto inicial, ya que como lo expresa la Corte Constitucional en una de sus decisiones en las cuales le concedió efectos hacia el pasado (Corte Constitucional, SC-149, 1993)

Por otra parte, teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas, al anterior quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.N), se ordenará al Ministerio de Hacienda y crédito público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes. Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la Carta los preceptos que colocaban de los bonos, se tendría un enriquecimiento sin causa por el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos y por los motivos que dispongan la ley. Desaparecida esta, pierde fundamento el pago, y por ende, si se hubiere efectuado, debe ser restituido para realizar el principio de justicia y hacer operante y vigente el orden justo al que aspira la Constitución.

La corte constitucional aclara que los dineros que los ciudadanos cancelaron por cuenta de la ley inexecutable son cargas que no debían soportar, según voluntad del Constituyente, ocasionando así un daño antijurídico, que, por mandato constitucional, y en pro de guardar esa voluntad, se debía dejar al momento previo de ser expedida la ley viciada. La fuente del daño es la ley, aunque la Corte requiera a entidades de la rama del poder pública ejecutiva, el origen del daño es la ley, y por eso el Estado es responsable por una falla del legislador al expedir una ley contraria a la Carta fundamental.

Resáltese algo importante, que la Corte constitucional le de efectos retroactivos a sus sentencias son casos excepcionales, posterior a la sentencia C-149 de 1993, la Corte emitió decisiones de declaratoria de inconstitucionalidad en normas concernientes a tributos y sus efectos siempre fueron hacia el futuro. Por ejemplo, la (Corte Constitucional, SC-152, 1997) en la cual se discutía el apego a la carta de unas contribuciones parafiscales, los cuales la Corte las declaró inconstitucionales considerándolas impuestos, para este caso, no ordenó la devolución de los dineros recaudados. También en la sentencia (Corte Constitucional, SC-423, 1995) que declaró inconstitucional el artículo décimo de ley 168, ley de presupuesto de rentas y recursos de capital de la vigencia fiscal del año 1995, La corte no se refirió sobre los

efectos patrimoniales de su decisión de declaratoria de inexecutable de dicho artículo, el cual permitía apropiarse a la Nación de recursos que por competencia territorial le compete a los Municipios. Entre otras, la corte constitucional de manera no comprensible no ha seguido la línea jurisprudencial que trazó en la sentencia C-149 de 1993, no brindando así una seguridad jurídica y protección a quienes sufren daños por expolio de recursos por parte del Estado, basado este en normas inconstitucionales, este inconformismo lo manifiesta de mejor forma Leiva (2010) de la siguiente manera

El cambio jurisprudencial entre declarar el efecto retroactivo de la sentencia de inexecutable de una norma en la que se han cumplido obligaciones fiscales y ordenar en la sentencia la devolución respecto de la posición actual de guardar silencio sobre el efecto, donde ni siquiera se argumentan las razones por las cuales la Corte opta por dar efecto pro futuro a la sentencia, la lesionado la coherencia del sistema de responsabilidad del Estado por hecho del legislador y le ha abierto camino al fenómeno nefasto de la inconstitucionalidad “útil”, creando una paradoja inconstitucional insoportable en la que se tutela a los morosos y evasores fiscales por encima de los que atienden al pago oportuno de los tributos. (pp, 169,170)

Obsérvese como las sentencias con efectos hacia el futuro y no retroactivos por parte de la Corte Constitucional, deja sin herramientas jurídicas al Consejo de Estado de pronunciarse declarando responsable al Estado por falla en el servicio legislativo patrimonialmente, ya que el Consejo de Estado no podrá suplantar la decisión de la Corte constitucional de concederle efectos jurídicos a los sucesos previos a la decisión del tribunal constitucional, dejando como única vía a posibles víctimas de lograr una reparación patrimonial por parte del Estado, al régimen objetivo de daño especial, lo resalta el consejo de Estado en (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S1997-4458, 2002) así

No están facultadas las autoridades de la republica para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de efectos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de la constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas.

Sin e juez contencioso administrativo accediera a declarar la responsabilidad de la nación por el no pago de los recursos ya ejecutados en esa fecha, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, su excepción contradiría frontalmente a la Corte Constitucional, dado que implicaría modificar en el fallo citado, y desconocer abiertamente la sentencia C-270 de 2000, que no dejó duda sobre los efectos de la decisión.

Se precisa al respecto que, si bien esta corporación ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por lo perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales, ella está referida

en los casos en que el demandante demuestra que las mismas crean para él un desequilibrio frente a las cargas públicas, en relación con la situación, en la que se encuentra con los demás ciudadanos. Es entonces ese desequilibrio que se materializa en un daño especial, lo que constituye en estos eventos, el fundamento de la obligación de indemnizar que surge a cargo de la Nación.

Muy diferente es la situación que se plantea en el caso que hoy ocupa la sala; en efecto, como ha expresado, la pretensión de declaración de responsabilidad está sustentada en el no pago de dineros que, según lo afirma el apoderado del municipio demandante, se deben a éste último, situación que constituye una típica falla del servicio, referida concretamente a la aplicación de una norma contraria a la Constitución, esto es, el numeral 2.2 del artículo 10 de la ley 168 de 1994, para definir la naturaleza de los recursos recibidos por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, antes de la declaratoria de inexecutable de la misma. Así las cosas y dado que, según lo explicado, la contradicción de la Carta Política no existe respecto a situaciones consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte contenido en el fallo C-423 de 1995, ni puede ser válidamente declarada por el juez contencioso administrativo, es claro que aquella no puede prosperar.

Se puede afirmar que el régimen de responsabilidad del Estado por hecho al legislador aplicable es el de falla de la función legislativa, la palabra falla, debe comprenderse como omisión, retardo, irregularidad o ineficiencia y servicio como toda función pública, en esta falla como lo expresa el francés Richer (1978) no se tiene que individualizar al congresista o grupos de congresistas para atribuirle el error ya que en este régimen de falla en la función legislativa la culpa puede ser considerada anónima, teniendo como responsable a la Corporación en su totalidad, así mismo, la falla del legislativo según Vedel (1980), puede originarse bajo una acción o una omisión, en un acto voluntario o imprudencia.

Así las cosas, son elementos necesarios para que se configure el daño del Estado por ley inexecutable, que se origine un daño atribuible al Estado, es decir, es necesario que se encuentre los argumentos necesarios para demostrar que la obligación de indemnizar patrimonialmente y reparar la situación le corresponde al Estado, es preciso el elemento de inconstitucionalidad, sin embargo, la corte ha manifestado que la norma inconstitucional si causó algún daño, este es antijurídico, se aclara que no se hacen antijurídicos todos los efectos proporcionados por la ley declarada inconstitucional, sino solo aquellos que se originaron por causa del vicio inconstitucional de la norma, en ese entendido, la norma que fue declarada inexecutable porque no tuvo el número de debates exigidos por la Constitución (vicios de forma), al ser un mero requisito de forma, no se origina por ello con la ley inaplicable todo un conjunto de daños antijurídicos hacia quienes recibían con un mayor rango de aplicación la norma y por ultimo no debe faltar el nexo causal entre el daño antijurídico y la norma aplicada declarada inconstitucional, probar que el daño es consecuencia del hecho de aplicar la ley inconstitucional. Leiva (2010)

Se ha dicho en este escrito que la regla general que la rama del poder público que más declaren responsable sea la ejecutiva por su deber de manejar la cosa pública, es igualmente una regla general que, en circunstancias de responsabilidad del Estado por hecho del legislador, la gran mayoría de ejemplos que tenemos en los que se generen bajo las circunstancias de una norma declarada inexecutable.

1.10 Responsabilidad del legislador originada en una norma constitucional

Al ser la regla general que el Congreso sea demandado bajo las circunstancias generadas en una ley declarada inconstitucional, no ha existido gran variedad de controversia respecto en la falla de la función legislativa en estos aspectos, ya que las sentencias de inexecuibilidad dejan en evidencia las fallas de fondo cometidas por el legislador.

Sin embargo, cuando se adentra en los sucesos originados por una ley que es constitucional, surge las dificultades, ya que el régimen a aplicar es el objetivo, tendrá en estos casos dar aplicación a todos los elementos ya expuestos sobre el tema, los cuales son que la ley sea exequible, ya sea porque no ha sido sometida a un examen de constitucionalidad, o habiendo sido sometida pasó el filtro de la corte, genere daños antijurídicos, genera una carga desigual a un grupo de ciudadanos de aquellos que no lo sufren, teniendo así que el título de imputación generalmente aceptado en estas hipótesis por la Corte de lo contencioso administrativo es el daño especial, claramente lo asevera Cifuentes (2016).

En efecto las cargas sufridas por la víctima a causa de la ley, deberá ser desigual, que, aunque es una carga con intereses colectivos, la misma no le incumbe, al respecto Alonso (1999) nos detalla, “el carácter excepcional y anormalmente grave que presenta el perjuicio derivado de una disposición de rango legal se convierte, así, en determinante para la satisfacción pecuniaria de la víctima. (p.101)

En un régimen general de responsabilidad del Estado, no se podía considerar como única fuente para la declaratoria de responsabilidad del Estado legislador, el régimen subjetivo, el acto emanado por una entidad pública, por generar daños antijurídicos, debe por tanto encuadrar jurídicamente en una necesaria protección jurisprudencial, como manifestación general de voluntad del constituyente en proteger todos aquellos daños antijurídicos que se generen de cualquier entidad Estatal, así, dicha entidad Estatal sea el legislador y una norma constitucional; por esta misma línea lo afirma Alonso (2010) al citar a Blasco Steve

No cabe objetar sin más que el daño producido es un perjuicio justificado al venir establecido en una ley: si existe como se sostiene aquél un concepto constitucionalizado de responsabilidad patrimonial de todos los poderes públicos, basado en última instancia en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, la ley que cause daños de este tipo generará responsabilidad, sin ser por ello inconstitucional (de la misma manera que un acto lícito puede generar responsabilidad). Es posible, entonces, la responsabilidad del Estado en nuestro sistema, figura que puede ser de gran utilidad en el caso de las leyes que causen perjuicios especiales y que no se pronuncien expresamente por la indemnización. (p, 99)

Es claro entonces que se requiere como elemento, que el perjuicio sea especial, que la persona a quien recae la carga desigual no sea la norma general, ya que, al ser una carga general, será simplemente, una que deberá llevar por la soberanía de la ley, se requiere por

lo tanto un sacrificio calificado, no es suficiente con que haya un perjuicio patrimonial, se requiere una contexto especial, de manifiesta desigualdad frente al resto, ya que frente a esta teoría no resulta justo o equitativo que la ley siendo de interés común o supuesto beneficio para todos, solo unos pocos deban sobrellevar la carga del bienestar de la mayoría, esa mayoría entonces por medio de la caja común del Estado deberá pagar los daños causados a esa minoría por su sacrificio especial. Bianchi (1999).

Es necesario por lo tanto la especialidad del daño o el sacrificio especial como lo llamaría la doctrina internacional, ya que si sucede lo contrario (que el daño sea general, que el perjuicio ya no esté dentro de la órbita de la especificidad) ya no se estaría hablando de una carga desigual, una norma que perjudica en su mayoría, incluso corre el riesgo que sea contraria a la constitución política la cual manda se busque el bienestar general, cambiando aquí el régimen al anteriormente expuesto, el subjetivo.

Se resalta que la primera decisión judicial en Colombia que declaró el Estado responsable por un hecho del legislador, fue bajo este panorama, bajo el régimen objetivo aplicable a una norma constitucional, me refiero a la (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, SIJ-001, 1998) donde se discutía si los familiares de una persona que sufrió la muerte a causa de un accidente ocasionado por funcionarios de la embajada de Estados Unidos, los cuales no podían ser declarados culpables, por la protección especial que les brindaba la ley sexta de 1972, por tanto, al no existir herramienta con la cual los demandantes poder acudir a la justicia estado anídense, el Consejo de Estado en dicha sentencia expresa lo en síntesis la garantía que debe ofrecer el Estado a los ciudadanos en circunstancias en las cuales el legislador en su actuar legítimo emitió leyes y de manera especial generó daño a ciudadanos, el alto tribunal afirma:

En todo caso, la garantía de acceder a la administración de justicia (art 229 C.P) no puede sufrir excepción y para que se haga efectiva en el caso sub judice se abre paso a la demanda contra el Estado colombiano quien legítimamente conduce sus relaciones internacionales, asume obligaciones de la misma estirpe mediante tratados, promulga, cumple y hace cumplir sus propias leyes.

En el sub judice, estima la sala, que es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar, cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación de la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, desarrollo de una operación compleja de naturaleza publica consistente en la negociación y firma de dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores deben soportar.

Se observa en estas líneas, por parte del alto tribunal de lo administrativo, el reconocimiento y aplicación de la doctrina extranjera, precisamente de la francesa, que el legislador, aunque en su actuar legítimo, si genera un daño antijuridico y existe nexo causal suficiente, el Estado, por ley con calidad de constitucional, ya sea porque no ha sido demandada o fue aprobada por la Corte Constitucional como apegada a la Carta Magna, ya no estará en un régimen sin responsabilidad., pero no solo el Consejo de Estado fue el único

alto tribunal que estuvo de acuerdo con la decisión de proteger a los ciudadanos de aquellos daños antijurídicos que se generen por causa del desarrollo legítimo de la función legislativa; la corte constitucional, reafirmó o dio noción de compartimento con la decisión del Consejo de Estado, de dar aplicación a los elementos necesarios del daño especial a los perjuicios ocasionados por normas constitucionales, dando así lugar, que en Colombia, a la luz de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado era aplicable a las normas constitucionales que generen cargas desiguales y un daño antijurídico, con total certeza, sin incertidumbres por choques de trenes (los desacuerdos entre las altas cortes que generan incertidumbre jurídica), de la siguiente forma lo confirmaba el tribunal constitucional en sentencia (Corte Constitucional, SC-315, 2004)

Por lo anterior la Corte concluye que las inmunidades e inviolabilidades previstas por el trato bajo revisión armonizan con la Carta. Con todo podría argumentarse que la inmunidad de jurisdicción podría afectar gravemente en determinados casos el derecho de acceso a la justicia pues impediría a los nacionales demandar a los miembros de las misiones diplomáticas que les hubieren podido ocasionar un daño. Sin embargo, la Corte considera que ese reparo no se encuentra justificado, no solo porque esa inmunidad es un elemento esencial del derecho diplomático sino además por cuanto, en esos eventos, la persona puede obtener una reparación del Estado Colombiano, ya que habría sido víctima de un daño antijurídico (art. 90 CP). Así lo ha entendido el Consejo de Estado, con criterios que esta Corte comparte plenamente.

Como se viene diciendo en líneas anteriores respecto al régimen objetivo aplicable a los presentes casos, el Consejo de Estado en la (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S2002-00457, 2013) ha dado luces sobre el régimen de imputación a aplicar en los presentes casos el cual es el daño especial bajo la premisa del rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas, este rompimiento de las cargas deberá estar acreditado primeramente como elemento el de la imputabilidad del hecho dañoso, esto es la ley generando un daño cierto y especial, individualizar la víctima y que no quepa alguna duda respecto al daño causado, el nexo causal del cual ya hemos mencionado y por último que no exista el deber jurídico de soportar el daño.

Cabe resaltar que la misma constitución y la ley trae consigo casos precisos donde el legislador debe ser declarado responsable en su función legítima de legislar como por ejemplo el (Const., 1991, art 336) y es cuando ordena o declara a favor del Estado y con fundamentos sociales un monopolio sobre una actividad económica, teniendo el Estado la obligación de reparar a quienes ejercían esos actos mercantiles, leyes que prohíben la comercialización sobre un producto, y normas que prohíben la entrada de otros productos con el fin de proteger la industria nacional, en efecto el legislador se hace responsable ya que la misma norma los obliga a reparar a las personas afectadas por esas decisiones de control económico.

En el panorama donde la ley es constitucional puede surgir que la misma norma estipula que no se brindará ningún tipo de indemnización por los efectos negativos que se originen por ella misma, en estos casos es claro que a la luz del artículo 90 de la constitución política la norma puede ser declarada inconstitucional, en ese orden los agraviados por la norma pueden demandar la norma ante el órgano protector de la constitución y por ende cesar sus

efectos negativos hacia la víctima, sino es así corresponderá comprobar el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas y solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, requiriendo que el juez se apegue sobre la supremacía de la constitución (artículo 90 Constitución Política) y declare la respectiva reparación.

Ahora, sobre el régimen de imputación aplicable en los presentes eventos, la (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, SIJ-001, 1998), siendo esta la primera que declaraba responsable al Congreso por una ley legítima y Constitucional, expresa

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

El Consejo de Estado brinda los elementos para tener en cuenta, los cuales son la antijuricidad del daño y la imputabilidad al Estado, se debe probar de manera imperativa que la víctima o las víctimas sufrieron un desequilibrio en las cargas públicas, las cuales deben ser igualitarias y que la misma carga no se debía soportar, que la ley fundó un riesgo que la Constitución no obliga soportar el particular agraviado.

Se debe resaltar algo importante, y es que el Consejo de Estado ha venido desarrollando un nuevo régimen de imputación cuando el daño antijurídico proviene de una ley, el congreso no solo responderá en aquellos casos en los cuales la ley sea exigible, pero genera una carga desigual en los administrados, sino también en donde existe una defraudación legítima, en efecto, el Consejo de Estado adiciona mediante este nuevo título de imputación, algo diferente a lo tradicional en los regímenes de imputación hacia el Estado, se hace necesario verificar el precedente jurisprudencial sobre la materia.

1.10.1 Defraudación de la confianza legítima

El país pionero en defender la presente tesis que se expondrá con evidencia jurisprudencial, respecto a la aplicación en Colombia, fue Alemania, por otro lado, en el reino unido se conoce como legitimate expectation, en España y Luxemburgo de igual forma también dan aplicación a la defraudación de la confianza legítima y un caso más cercano territorialmente hablando que también da lugar, es Argentina en cada uno de estos ordenamientos jurídicos en los cuales la evolución jurídica por parte de la jurisprudencia ha evolucionado a proteger la confianza o expectativas que tienen los ciudadanos sobre el Estado, han buscado o tienen como fin el proteger la buena fe y la seguridad jurídica, en efecto, cuando las personas se plantean un futuro con base a lo desarrollado previamente por el legislador, es gravoso para las personas que han visto como su confianza ha sido

defraudada y esto debe gozar de protección, la confianza legítima la ubicaríamos en un punto intermedio entre los derechos ya existentes y la ausencia total de ellos. Bianchi (1999)

En nuestro país este nuevo concepto o título de imputación se desprende de la Sentencia de la sección tercera del Consejo de Estado del 31 de Agosto del año 2015 (Consejo de Estado, sala Contencioso administrativo, S1999-0007, 2015). , en la sentencia se discutía la responsabilidad del Estado por la expedición de la ley 355 de 1996 declarada exequible por sentencia C-350 de 1997 la cual limitaba la ampliación en el tiempo en las concesiones de los espacios de televisión; en efecto sociedades como Noticiero veinticuatro S.A, Producciones JES Ltda, Cripton S.A y Globo Televisión Ltda, se vieron afectadas perdiendo la oportunidad de prorrogar sus licencias con el Estado de los espacios televisivos, en los hechos probados por la parte demandante se lograba evidenciar que las leyes anteriores a la 355 de 1996 le brindaba la oportunidad de continuar con la vigencia de los contratos, de prorrogarlos, lo cual generaba en las partes afectadas un grado de confianza hacia el Estado en el desarrollo de su objeto social, sin embargo al dar aplicación a la ley 355 en forma retroactiva les impidió de facto continuar con sus negocios, bajo estos supuestos, el Consejo de Estado se dispuso a evaluar bajo el régimen de imputación de reparación directa, si el Estado Legislador había defraudado la confianza legítima.

El consejo de Estado consideró que al artículo 90 de la Constitución política se debía agregar como hipótesis dentro de los supuestos jurídicamente tutelados, no solo los derechos ya consolidados, sino de igual forma las expectativas legítimas y los estados de confianza, el no hacerlo expresa la sala, genera un grado de inmunidad a la función legislativa, dejando sin protección a los derechos que, aunque no se han consolidado, se tiene la expectativa que el Estado los va a respetar.

Por otro lado, el Consejo de Estado instruye que el juez administrativo no solo deberá evaluar derechos adquiridos o situaciones consolidadas, sino también si la ley vulnera expectativas legítimas y estados de confianza, creando así otra fuente de daños que se generan por la actividad legislativa. El consejo de Estado en dicha sentencia define la confianza legítima como:

Se trata de situaciones encaminadas a la formación de un derecho subjetivo, conformadas por aquellas esperanzas legítimas que surgen del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada expresado en la constitución de los hechos previstos en la ley para la adquisición del derecho y que, a pesar de no haber ingresado aún el derecho en el patrimonio del sujeto, ofrecen la certeza de que recorrido el camino de los hechos jurídicos se constituirá el derecho. Son, entonces, situaciones que si bien no están consolidadas ni han generado una situación de adquisición de un derecho, sí han creado expectativas válidas, en cuanto fundadas en la realización progresiva de los supuestos de hecho tasados legalmente para la obtención del derecho y, por ende, gozan de protección. Su fuente puede ser el orden jurídico interno o el derecho internacional vinculante. Los estados de confianza o confianza legítima, como se señala en la doctrina, son los que se crean en el ámbito del sujeto a partir de comportamientos uniformes del Estado que se caracterizan por ser actos objetivos, externos, claros, tangibles, inequívocos, reales, lo suficientemente concluyentes, que orientan al ciudadano hacia una determinada conducta.

Así las cosas, el consejo de Estado incluye dentro de las situaciones jurídicamente tuteladas por el régimen de responsabilidad del Estado contemplado en el artículo 90 de la Constitución las normas declaradas exequibles pero generan daño al no respetar la confianza legítima, es novedoso que el presente régimen se incluya para los hechos generados por la leyes, ya que la ley, en su evolución es quien crea, modifica y elimina derechos, en este sentido el consejo de Estado en su legítimo interés de no dejar zonas grises al régimen general de responsabilidad del Estado por hecho del legislador, limita el ritmo evolutivo de la norma al no poder esta modificar comportamientos del Estado que en lo sucesivo han ido orientados hacia una dirección específica.

Podemos afirmar que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional con sus decisiones judiciales a partir de la nueva Constitución saldaron la deuda de responsabilidad por acciones del Legislador, el precedente brindado en los casos de inconstitucionalidad y de igual forma con leyes constitucionales, aquí estamos hablando cuando hay por parte del Congreso acción, actuación, con leyes las cuales se les dio su completa aplicación, pero y ¿qué sucede con la otra parte del artículo 90, la omisión?

1.11 Responsabilidad del Estado por omisión legislativa

La constitución política es una norma de mínimos, es una norma que traza los fines y principios del Estado, en ninguna circunstancia se puede considerar que nuestra carta es una norma que por sí sola desarrolla sus propios deberes y derechos, es la ley la que los desarrolla, en un Estado Social de derecho el legislador dejó de ser los árbitros de la Constitución, por ende ellos no son los que deciden que desarrollar con leyes lo expuesto en la Constitución, es la misma Constitución la que les ordena el regular toda la amplia gama de derechos garantistas que traía la nueva carta Política.

El no hacerlo, se configura en una omisión, la cual es un no hacer, sin embargo, como lo dijo la Sentencia T-081 del 93 (Corte Constitucional, ST-081, 1993)

No se trata, entonces, simplemente de un no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa.

Así las cosas, se requiere de un mandato constitucional incumplido u omitido por parte del legislador para que se pueda considerar una omisión o inactividad del órgano legislador, ya que, si no es un mandato constitucional, encuadrará la actuación del congreso en un mero proceder político sin relevancia jurídica y sin ningún grado de responsabilidad del Estado por la comisión legislativa.

Pero es importante aclarar algo, como se sabe, la constitución política debe ser desarrollada por las leyes expedidas por el legislador, y que el silencio del congreso hace parte de las atribuciones que tiene el legislador de su libertad de configuración legislativa, sin embargo, como lo expresa Sarmiento (2010) no siempre esa libertad o potestad

constitucional es una herramienta legítima para configurar el ordenamiento jurídico, en sus palabras

Debemos preguntarnos si la omisión legislativa obedece también a la configuración política del legislador y en consecuencia, si es un medio legítimo para tomar decisiones públicas. Nuestra respuesta es negativa. La omisión legislativa, para ser legítima, debe presentarse en aquel tiempo razonable del que dispone el legislador para regular materias constitucionales. Como acertadamente parece ilustrar el autor Víctor Bazan desde la experiencia argentina, el desarrollo normativo es siempre paulatino, pues las normas programáticas de la carta fundamental así lo suponen. No obstante, tratándose de derechos fundamentales, la operativización de estos preceptos debe ser inmediata de manera que la intervención del órgano judicial se hace necesaria e imprescindible (p. 33).

Con lo anterior nos brinda las suficientes bases para manifestar, que la omisión legislativa no será reprochables en aquellos eventos en los cuales no reste operatividad para garantizar derechos fundamentales, pero en los eventos en los cuales exista silencio y omisión legislativa, no será una herramienta legítima por parte del Estado en su libertad de configuración legislativa. Sarmiento (2010)

Sin embargo, se debe tener en cuenta que en no todo el articulado de la constitución política el legislador debe pronunciarse con el fin de desarrollar la carta, hay artículos específicos en los cuales el mismo escrito fundamental se abroga la potestad de desarrollar dicho tema sin dar lugar a pronunciamientos por parte del legislador, Sarmiento (2010) nos cuenta a manera de ejemplo del presente tema, el artículo 278 de la constitución política, el cual regula las faltas disciplinarias de los funcionarios públicos como evidente o indebido provecho patrimonial en el ejercicio del cargo o las funciones administrativas, poner trabas u obstáculos a las investigaciones de la procuraduría, todas estas normas que expresan faltas de funcionarios públicos, son tan explícitas, que el legislador no cuenta con razón suficiente para legislar sobre la materia, por ese motivo existe la omisión, omisión que no tiene ningún reproche respecto a los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, es importante tener claro en qué momento se puede configurar esta omisión legislativa, ya que puede haber una serie de circunstancias que han evitado que el congreso haya actuado; existe casos en los cuales la misma ley pone término de tiempo para legislar sobre el respectivo tema, en esas circunstancias el Estado será responsable cuando pase el tiempo ordenado por la ley, sin embargo en aquellos eventos en los cuales la ley no dice el término que tiene el congreso para legislar sobre una materia, en estos casos para demandar la omisión legislativa y si esta es absoluta, el juez solo podrá según (Corte Constitucional, SC-146, 1998) alertar al legislador sobre la premura que se requiere para legislar sobre la materia y aplicar analogía jurídica para no cercenar el derecho al acceso de la justicia de ciudadanos que demanda la norma.

1.11.1 Omisión Absoluta

La omisión absoluta supone que el legislador no se ha expresado de ninguna forma sobre la materia a regular, al respecto (Corte Constitucional, SC-173, 2010) explica que la Corte

no debe considerar la constitucionalidad o no de la omisión del legislador, ya que no se encuentra objeto a analizar y por otro lado resalta la Corte que es necesario en una evaluación de constitucionalidad que se examine paralelamente el precepto que va en contravía de la Carta magna y lo que ordena la Constitución Política, incluso resalta que los silencios del legislador también reflejan su voluntad, es así como la Corte concluye que no puede realizar juicios jurídicos sobre las omisiones absolutas, ya que al realizarlos sería suplantar la función legislativa del congreso de la república, así las cosas, al existir omisión absoluta por parte del legislador, no surge responsabilidad del Estado. En palabras de la corte:

las omisiones absolutas no pueden ser controlables por ella, en la medida que la constitución no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente a omitido, conforme a las directrices constitucionales, si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta

Por otro lado, la corte coloca de manifiesto los elementos necesarios para dilucidar la razón precisa, del porqué, en la omisión absoluta no surge responsabilidad alguna por parte del Estado, la primera es porque al no existir precepto constitucional donde se pueda declarar inconstitucional por omisión, también expresa que la constitución tampoco pone termino para que el congreso cumpla su función legislativa, continua diciendo que las demandas de inconstitucionalidad, discuten el texto de la norma, al no existir texto, no puede existir evaluación de apego a la constitución y concluye especificando que la corte no puede ponerle termino al legislador para cumplir sus funciones. Sarmiento (2010)

Sin embargo, no todos los doctrinarios están de acuerdo con esta postura de la Corte constitucional cada vez que ponen a consideración de un vacío tan pronunciado por parte del legislador que da lugar a una omisión legislativa declararse sin competencia por falta de mandato constitucional, Sarmiento (2010) cita a los magistrados José Gregorio Hernández, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez Caballero, los cuales en Sentencia C-543 de 1996 expresaban que “en determinados casos, éstas pueden implicar una violación de la Carta, que no podría esta corporación dejar de controlar, pues le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la constitución”

Vemos que aunque de manera general la posición de la corte es el de no considerar las omisiones absolutas por parte del legislador causantes de responsabilidad patrimonial por parte del Estado, han existido posiciones dentro de la misma corte que abogan por que la corte, como guardián de la integridad de la Carta fundamental, guarde en su cuerpo entero el contenido de la misma, incluso en omisiones absolutas.

1.11.2 Omisión relativa

La omisión relativa del legislador es aquella que se origina cuando el Congreso dentro de una ley no regula un tema que era necesario e indispensable para que la misma ley encuadrara en las exigencias de la Constitución Política, es cuando una norma desarrolla la constitución política de manera insatisfactoria, omitiendo apartados de esta que eran necesarios para su apego pleno a la carta magna, en palabras de la Corte en la sentencia antes citada

Se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión “está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta

Amplía la corte su concepto en la (Corte Constitucional, SC-038, 2006) de la siguiente forma:

La omisión legislativa relativa, por su parte, supone la actividad del legislador, pero de forma incompleta o defectuosa “dado que, al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva

Así las cosas la corte Constitucional es concisa en resaltar los elementos para que exista omisión relativa, debe primero estar el precepto constitucional que ordene al legislador regular la materia y en segundo punto, que ese vacío que originó la omisión legislativa vicie la misma norma generando de esta forma la necesaria revisión por parte de la Corte sobre la ley, ya que las mismas sentencias dejan claro que es sobre la omisión relativa del legislador donde ellos conforme a la supremacía de la constitución si pueden realizar el análisis de constitucionalidad y subsanar esa actuación inconstitucionalmente incompleta por parte del Congreso.

Pero aclarece algo, la corte constitucional ha brindado los lineamientos necesarios para que de la omisión relativa surja un reproche y de lugar a una declaratoria de responsabilidad por parte del Estado. Hay temas en los que el legislador tiene tal libertad o potestad legislativa, que para la corte una omisión o silencio es legítimo por parte del legislador, como por ejemplo en materia tributaria, la corte ha manifestado en (Corte Constitucional, SC-1297, 2001) que a la luz del artículo 363 que encomienda al Estado el curso de la economía, la amplitud de temas a regular en sistemas tributarios son extensos y por ese motivo, en normas que han sido demandas por constitucionalidad, por omisión legislativa, la corte deja claro que es potestad del legislador guardar silencio hacia grupos económicos específicos en materia impositiva. Sin embargo, esto no es sin límites, la alta corte puso como límites a la hora de desarrollar todo el complejo normativo; la equidad, suficiencia y progresividad; por lo tanto, al referirnos a la omisión relativa por parte del legislador en temas fiscales, que viole estos principios, la corte que vela por la integridad de la carta fundamental, tendrá las suficientes razones para poder declarar parcial o completamente una norma inconstitucional.

La omisión legislativa relativa, infringe de manera directa el derecho a la igualdad, ya que el legislador dentro de su expedición normativa omitió incluir a personas o grupos de personas que se posiblemente sufran un daño antijurídico por este hecho, ese silencio del hacedor de leyes es discriminación institucional, debido a que es aquel, que debe respetar a

la carta fundamental y sus principios de igualdad ante las cargas públicas, que al omitir parcialmente ocasiona perjuicios que deben ser indemnizados por el Estado.

Se hace interesante expresar que, respecto a los principios antes mencionados, el principio de igualdad tiene un plus expresado por la alta corte en el cual brinda mayor alcance a la libertad de configuración legislativa, hablamos específicamente de la diferenciación. Discriminar es el verbo que explica un comportamiento contrario a la igualdad, ahora bien, la alta corte nos brinda argumentos para tener en cuenta que no toda discriminación es contraria al principio constitucional de la igualdad, la diferenciación es aquella discriminación ponderada o razonable en palabras del alto tribunal en (Corte Constitucional, SC-067, 1999)

La corte autoriza y justifica el trato diferenciado, cuando éste, y los supuestos de hecho que dan lugar a él, están provistos de una justificación objetiva, ponderada y razonable, la cual debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado

La corte constitucional con este concepto que diferenciar no es discriminar, amplía considerablemente la capacidad del legislador en guardar silencio frente a grupos específicos de personas o instituciones, siempre y cuando esté bien justificada la diferenciación, dificultando un poco más la declaratoria de responsabilidad del Estado por hecho del legislador por circunstancias de omisión relativa.

El desarrollo de las normas es sosegado, no es repentino, sin embargo, hay derechos si requieren ser regulados y desarrollados por la ley en un tiempo corto, en lo que respecta a los derechos fundamentales, en los cuales una omisión relativa por parte del legislador ocasione daños antijurídicos en un grupo de personas, se puede configurar la responsabilidad patrimonial del Estado por hecho del legislador, Sarmiento (2010) lo detalla así:

Siguiendo la tesis expuesta por el autor Fernández Segado, cuando la constitución consagra un derecho y ordena a un órgano del Estado a ponerla en movimiento, ese poder está obligado a proporcionarle fuerza ejecutoria y su abstención conducirá a producir un daño o gravamen contra un sujeto. Justamente, como acertadamente lo señala el profesor Rodrigo Uprimy, con base a la sentencia C-111 de 1997 de la corte constitucional, la carta fundamental le confirió al legislador un papel decisivo en el desarrollo de instituciones y decisiones presupuestales para lograr la satisfacción de derechos sociales y económicos. Pero, no puede confundirse la amplia libertad del legislador para desarrollar los medios para alcanzar este objetivo con que no puede haber control constitucional sobre esas políticas sociales y económicas. Entonces la organización mediante la libertad de configuración legislativa abre la puerta al control de constitucional cuando la disposición normativa debatida no realiza el derecho constitucional para la cual fue creada. Es esta la razón la que permitiría al juez administrativo declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuando la mencionada omisión ocasiona unos daños particulares, normalmente reivindicativos y no tanto declarativos, es decir, en búsqueda de la reparación de derechos que se dejaron de disfrutar y de aquellos que no se han ejercido debido a su ausencia de consagración legislativa en relación con la realización futura de derechos.

Por tanto, en los eventos en los cuales el Estado omitió regular una materia relacionada con los derechos fundamentales y evitó que particulares pudieran ejercer dichos derechos, se configuraría la omisión relativa por parte del Estado legislador, con fines de reparación patrimonial. La Corte constitucional en sentencia (Corte Constitucional, SC-155, 2002) nos brinda un derrotero práctico de elementos o requisitos para saber en qué momento se puede declarar una norma inconstitucional por omisión legislativa relativa, en primero lugar, exige que debe existir una norma que tenga el vacío por el silencio del legislador, que este vacío normativo, excluya o discrimine de sus alcances propios de una ley a los casos que son semejantes y puedan subsumirse en su redacción normativa, tercero, que esta discriminación no sea legítima y no estemos hablando de una ponderada diferenciación, cuarto, que al no existir razones objetivas para la exclusión de la ley, surja una pronunciada desigualdad en los efectos normativos, y por último, debe existir un deber constitucional incumplido por parte del legislador.

Se puede confirmar con los requisitos antes expuestos la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión relativa, que para la Corte constitucional, a diferencia de lo que pasa con la omisión legislativa absoluta, si goza de legitimidad para ejercer control de constitucionalidad, por basarse en un texto normativo existente, por otro lado, surge el factor especializado que aporta el alto tribunal, ya que bastantes normas pueden contener vacíos, pero le corresponderá a la Corte evaluar si se cumplen los requisitos antes expuestos, requiriendo así un análisis más profundo a la evaluación de una norma.

En el análisis hecho por la Corte constitucional, puede concluir que existen vacíos, pero no se cumplen todos los requisitos antes expuestos y de esa forma emite una sentencia con indicaciones precisas hacia el legislador para que llene el vacío o modifique la norma de tal forma que se ajuste a los preceptos de la constitución, esto es lo que se llama sentencias apelativas, se cuenta como un ejemplo claro de este tipo de sentencias, la (Corte Constitucional, SC-221, 1997) en esta sentencia se demanda el artículo 233 del decreto 1333 de 1986, el cual no estaba en consonancia con el artículo 360 de la Carta, en razón a que este artículo permitía a los municipios gravar la explotación de arena, cascajo y piedras del lecho de los ríos, dice la Corte hacia el congreso:

Exhortar al congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 360 de la constitución política, y con la libertad democrática que le es propia, defina en un plazo de cinco años, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no está sujeta al pago de la contraprestación exigida por la norma constitucional.

Expedida durante el término la correspondiente normal legal, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será inexecutable, en caso de no haber sido derogado por la ley. Una vez expirado el término señalado de cinco años y en caso de que el congreso no haya establecido el correspondiente régimen de regalías para la extracción de la arena, el cascajo y la piedra del lecho de los ríos, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será inexecutable, en el entendido de que entonces la extracción de la arena, las piedras y el cascajo de los ríos queda sometida al régimen general de regalías definido por el artículo 18 de la ley 141 de 1994.

Se puede observar que en las sentencias apelativas, nos encontramos con una corte constitucional más propositiva en cuestiones más propias de la función legislativa, en la sentencia antes expuesta, la corte pone consecuencias jurídicas hacia las normas si persiste la omisión del legislador, dejando así claro su competencia en salvaguardar el contenido de la constitución política en su integridad, incluso con normas en las que existe ausencia de configuración legislativa.

Una omisión relativa por parte de los hacedores de las leyes demostrada en la sentencia de declaratoria de inconstitucionalidad por este factor es una clara falla del servicio de la rama del poder público legislativa, entendiendo con esto, que el régimen de responsabilidad del Estado idóneo para buscar la declaratoria que el Estado responda patrimonialmente es el de la falla del servicio.

Frente a todos los elementos evaluados anteriormente, se puede concluir que el legislador será responsable por los daños y cargas impuestas sobre los ciudadanos originadas por la omisión relativa, y que la imputación realizada hacia el congreso en lo contencioso administrativo será la sentencia de la Corte que subsane por sus medios (Sentencias integradoras) el vacío, recalcando así la falla en la función legislativa; la víctima le corresponderá demostrar el daño antijurídico ocasionado por la falla del legislador y el nexo causal entre la falla del legislador y su perjuicio.

Conclusiones

1. Al realizar un repaso por la historia del régimen general de la responsabilidad del Estado, nos encontramos que el camino fue escabroso para lograr que quienes ostentan el poder político respondieran por sus yerros y perjuicios, se concluye que solo al momento en que se declaró la igualdad ante la ley en un sistema republicado de pesos y contra pesos, se pudo desarrollar o nacer el régimen general de Responsabilidad del Estado.
2. Este sistema republicano con el fin de generar certidumbre en los gobernados, estatuyó un culto a la ley, ya que de esa forma obligaba que los hechos se acomodaran a la ley y no la ley a los hechos, generando así certidumbre en la aplicación en la norma, pero esta rigidez y culto a la legislación impedía que los regímenes de Responsabilidad del Estado se desarrollaran y desligaran del derecho privado, se puede concluir que con la entrada del Estado social de derecho y con ello los procedimientos de evaluación de constitucionalidad de la jurisprudencia basada en la doctrina, pudo extender y desligar los conceptos de la responsabilidad Estatal del derecho privado y así esta tener su propio régimen totalmente enmarcado en lo público.
3. En el desarrollo de todo el complejo normativo de la responsabilidad del Estado en ultimas se puede expresar que los regímenes actuales de responsabilidad del Estado son el subjetivo y el objetivo, las diferencias en uno al otro se podrían resumir en la imputación del daño, cada uno de estos regímenes se aplican sin falta para las acciones u omisiones del Estado. Los regímenes objetivos y subjetivos de responsabilidad del Estado encuentran su columna vertebral y su tipificación en el artículo 90 de la constitución Política, columna vertebral que es el daño antijuridico imputable al Estado.
4. El desarrollo jurisprudencial y en el ordenamiento jurídico para la responsabilidad del Estado por hecho del legislador tuvo varios obstáculos que impidieron su entrada temprana para su aplicación, esos obstáculos entre sus principales argumentos que impedían su entrada y aplicación son el principio de Soberanía que se expresaba en la ley, la cual, al ser la manifestación de la voluntad general, no debía ser cuestionada, así generara cargas desiguales que repercuten en daños, de igual forma, la generalidad de la ley impedía individualizar el perjuicio, elemento necesario para la declaratoria de responsabilidad.
5. Con el artículo 90 de la Constitución Política, que no diferenció entidad Estatal para aplicar el régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado, se dieron las suficientes herramientas jurídicas para la entrada en su totalidad sin timidez de los elementos necesarios de la responsabilidad del Estado por hecho del legislador, por los daños ocasionados por las acciones y omisiones dentro de la función legislativa y por otro lado al quedar la libertad de configuración legislativa, supeditada a la voluntad del constituyente, permitió con esto, que las leyes tuvieran los necesarios controles para verificar su apego a los principios de la constitución.

6. Que la función legislativa, conforme lo establece el artículo 150 de la Constitución Política, tiene tantos campos de acción en los cuales el legislador está facultado para expedir, derogar o reformar materias o derechos, que se convierte en un escenario propicio para errores y por ende perjuicios a los destinatarios de los actos expresados en torno a la función legislativa.
7. Pese a lo anterior, esa misma amplitud de temas en los que el legislador está facultado para expedir leyes, es un obstáculo para que el alto tribunal en lo constitucional pueda ejercer su función de control de constitucionalidad, debido a que no puede interferir en funciones exclusivas del legislador, el cual tiene amplio abanico de temas en los que puede manifestar su voluntad, teniendo, claro está, como limite a su libertad de configuración legislativa, el respeto y apego a los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en la Carta fundamental.
8. Gracias a los conceptos doctrinales y jurisprudenciales, se superaron los obstáculos conceptuales que existían para considerar la ley como hecho dañoso, como lo era la necesidad de ser declarada inexecutable la norma, la generalidad e impersonalidad de ella; para así concluir que la ley puede considerarse dañosa, cuando la norma no encuadra en los preceptos constitucionales, o en las circunstancias en las que, si se acomoda a la constitución, pero genera un daño antijurídico, así generando responsabilidad del Estado por hecho del legislador.
9. Cuando se genera responsabilidad del Estado por hecho del legislador en normas declaradas inconstitucionales, se concluye que la Corte constitucional es la encargada de guardar que las leyes del ordenamiento jurídico sean fieles a los fines constitucionales, sin embargo, no es la corte constitucional la que declara patrimonialmente responsable al Estado por un hecho dañoso del legislador. Aquella decisión de la alta corte que le atribuye reproche a una norma es la herramienta para acudir ante lo contencioso administrativo (juez natural) para que declare responsable al Estado patrimonialmente por hecho del legislador. Será el juez de lo contencioso administrativo quien evaluará si la ley inexecutable y el efecto dañoso se encuentran relacionados en su causa y una vez logrado ese nexo causal, probar la antijuricidad del daño, es decir que la víctima no estaba en la obligación de soportar dicha carga impuesta por la ley, siendo la acción procedente, la de reparación directa, por la falla en el servicio, siendo el régimen aplicable para los presentes casos, el subjetivo.
10. Se afirma que, aunque la corte constitucional no es el juez natural para reconocer perjuicios por una ley, puede suceder que al conceder efectos retroactivos a una decisión al declarar inconstitucional una norma, puede contener como una de las consecuencias, el resarcimiento de ciertos perjuicios ocasionados por la norma dañosa por inconstitucionalidad.
11. Para la declaratoria de responsabilidad del Estado por norma constitucional, el régimen aplicable es el objetivo y como título de imputación el daño especial, por lo tanto, se requiere, para poder declarar responsable al Estado por hecho del legislador, el daño antijurídico, que el daño sea cierto y especial, que las personas que

sobrellevan la carga desigual, no sea la norma general, debe ser evidente el trato desigual frente al resto, el nexo causal y que no exista la obligación jurídica de soportar el daño.

12. El consejo de Estado indica que el juez administrativo al momento de evaluar una declaratoria de responsabilidad del Estado por hecho del legislador, no solo deberá examinar derechos adquiridos, sino también, estados de confianza legítima, creando así otra fuente de daños que surgen en la actividad legislativa.

Ya que cuando el Estado, a través de la legislación, alimenta patrones de conducta en los particulares de acuerdo a los derechos que van adquiriendo, los particulares se acomodan a un futuro en las mismas condiciones pre establecidas por el legislador, al momento que el legislador rompe esa confianza que guiaba el modo de operar o de arriesgar el patrimonio de los particulares, reconoce el alto tribunal que opera la tutela del régimen de responsabilidad estipulado en el artículo 90 de la constitución política.

13. La corte constitucional no puede hacer juicios jurídicos sobre omisiones absolutas por parte del ente legislador, ya que eso sería usurpar funciones que constitucionalmente no le corresponden.
14. El legislador será responsable por los daños y cargas impuestas sobre los ciudadanos originadas por la omisión relativa, y que la imputación realizada hacia el congreso en lo contencioso administrativo será la sentencia de la Corte que subsane por sus medios (Sentencias integradoras) el vacío, recalando así la falla en la función legislativa; la víctima le corresponderá demostrar el daño antijurídico ocasionado por la falla del legislador y el nexo causal entre la falla del legislador y su perjuicio.

Referencias

- Alonso. M (1999) la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. Madrid. Editorial Marcial Ponso. 81, 99
- Álvarez. A & Monceleano. C (1984) Responsabilidad del Estado Legislador Universidad del Rosario. Bogotá
- Arenas. C & Jiménez. M Tesis de grado Responsabilidad del Estado por Legislador. Pontificia Javeriana. Bogotá. Recuperado de <https://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis41.pdf>
- Becerra. R (2011) La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Bianchi. A (1999) Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Buenos aires, editorial Abacó. 141, 148
- Botero. Luis (2007) Responsabilidad Patrimonial del Legislador. Bogotá. Legis S.A. 15, 113, 165
- Camacho. M (1999) Manual práctico de indemnización de perjuicios, Bogotá, Librería del profesional. 1
- Cifuentes. R (2016) La responsabilidad del Estado Legislador: desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación. Bogotá. Universidad Pontificia Javeriana. 80. Recuperado de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/5-LA+RESPONSABILIDAD.pdf/514a6d49-9a27-4efe-a918-c7852b3fb71d>
- Consejo de Estado, sección tercera. (06 de diciembre del 2013) Sentencia 1998-02037 [MP Danilo Rojas] recuperado de https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_d4dace8e-1c63-4051-9ee2-b684cacb3bf1
- Consejo de Estado, sección tercera. (25 de agosto de 1998) Sentencia 1998-IJ001 [MP Jesús Carrillo] recuperado de <http://www.suin-juricol.gov.co/clp/contenidos.dII/ConsejoEstado/10008448?fn=do>
- Consejo de Estado, sección tercera. (26 de septiembre de 2002) Sentencia 1997-4458 [MP Alier Eduardo] recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52566091>
- Consejo de Estado, sección tercera. (20 de noviembre del 2017) Sentencia 2008-00275 [MP Jaime Rodríguez] recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_8a33021fa2bd44e1b2aa5832fe484fcb

- Consejo de Estado, sección tercera. (15 de febrero del 2018) Sentencia 2002-40261 [MP Marta Velásquez] recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/216/25000-23-26-000-2007-00361-01.pdf>
- Consejo de Estado, sección tercera. (28 de agosto del 2014) Sentencia 1999-00326/31172 [MP Olga Mélida de la Hoz] recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_025413fa4e9a032ae0530a010151032a
- Consejo de Estado, sección tercera. (11 de febrero del 2009) Sentencia 16980 [MP Mauricio Fajardo] recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920425fb1f034e0430a010151f034
- Consejo de Estado, sección tercera. (18 de julio del 2002) Sentencia 13551 [MP Jesús Carrillo] recuperado de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52563075>
- Consejo de Estado, sección tercera. (29 de octubre del 2012) Sentencia 2000-75440 [MP Estella Díaz] recuperado de https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_5bbfb78f-4830-4665-9490-306488043cc1
- Consejo de Estado, sección tercera. (27 de junio del 2013) Sentencia 2002-00458 [MP Carlos Zambrano] recuperado de https://xperta.legis.co/visor/temp_jurcol_5df8c7c4-ad5d-4ff9-9438-b0cd40e76511
- Consejo de Estado, sección tercera. (31 de agosto del 2015) Sentencia 1999-0007 [MP Ramiro Pazos] recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_3d44eb8b40094c7da51b51d9afae5758
- Consejo de Estado, sección tercera. (24 de abril del 2013) Sentencia 2002-00457 [MP Ramiro Chanaga] recuperado de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/123/S3/44001-23-31-000-2002-00457-01\(28221\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/123/S3/44001-23-31-000-2002-00457-01(28221).pdf)
- Consejo de Estado, sección tercera. (26 de marzo del 2014) Sentencia 2003-00175 [MP Enrique Gil] recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_f72a3856ffe200cce0430a01015100cc
- [Código.] (1873) Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- [Const.] (1791) Recuperado de <http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf>

[Const.] (1821) Recuperado de

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/6.pdf>

[Const.] (1886) Recuperado de

<http://americano.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>

[Const.] (1991) Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional (22 de abril de 1993) Sentencia C-149 [MP José Hernández]

recuperado de [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-149-93.htm#:~:text=30%20junio%201992\)-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-149-93.htm#:~:text=30%20junio%201992)-)

,Por%20la%20cual%20se%20expiden%20normas%20en%20materia%20tributaria%20C%20se,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.

Corte Constitucional (21 de marzo de 1995) Sentencia C-423 [MP Fabio Morón]

recuperado <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-423-95.htm>

Corte Constitucional (19 de marzo de 1997) Sentencia C-152 [MP Jorge Arango]

recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-152-97.htm#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20Constituci%C3%B3n%20y%20la,las%20>

contribuciones%20parafiscales%20son%3A%201a.&text=Las%20contribuciones%20parafiscales%20son%20excepcionales.

Corte Constitucional (01 de agosto de 1996) Sentencia C-333 [MP Alejandro Martínez]

recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-333-96.htm#:~:text=C%2D333%2D96%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20actual%20mandato%20constitucional%20es,actuaci%C3%B3n%20de>

e%20las%20autoridades%20p%C3%BAblicas.

Corte Constitucional (01 de abril de 2004) Sentencia C-315 [MP Eduardo Montealegre]

recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-315-04.htm>

Corte Constitucional (01 de febrero de 2006) Sentencia C-038 [MP Humberto Sierra]

recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>

Corte Constitucional (24 de junio de 1992) Sentencia T-430 [MP Alejandro Martínez]

recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-430-92.htm>

Corte Constitucional (22 de abril de 1993) Sentencia C-149 [MP Gregorio Hernández]

recuperado de [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-149-93.htm#:~:text=30%20junio%201992\)-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-149-93.htm#:~:text=30%20junio%201992)-)

,Por%20la%20cual%20se%20expiden%20normas%20en%20materia%20tributaria%20C%20se,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.

- Corte Constitucional (29 de abril de 1997) Sentencia C-221 [MP Alejandro Martínez] recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-221-97.htm>
- Corte Constitucional (08 de agosto de 2001) Sentencia C-832 [MP Rodrigo Escobar] recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>
- Corte Constitucional (06 de diciembre de 2001) Sentencia C-1297 [MP Clara Ines Vargas] recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1297-01.htm#:~:text=C%2D1297%2D01%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20Carta%20Pol%C3%ADtica%20radica%20en,que%20gobiernan%20el%20sistema%20tributario.>
- Gobierno Nacional de Colombia (01 de abril de 1964) [Decreto 528 de 1964] recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0528_1964.htm
- Henao. J (1999) Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. 195
- Franco. P & Góngora. M. La responsabilidad del Estado por hecho del legislador en los Sentencias Moduladas. Pontificia Javeriana. Bogotá. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis43.pdf>
- Friedrich J (1975) Gobierno Constitucional y democracia. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 367-368
- García De Enterría & Fernández (1986) Curso de derecho Administrativo. Madrid. Civitas. 337
- García. H (1997) Responsabilidad Extracontractual del Estado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Cono
- Hobs. T (1651) El Leviatán, la materia y forma del Poder en una república eclesiástica Madrid, prologo y notas de Carlos Mellizo. Recuperado de <http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/95-Hobbes-Leviatan%20%28completo%29.pdf>
- Kelsen. H (1979) Teoría Pura del derecho recuperado de <http://dspace.usalca.cl/retrieve/16939/27488.pdf>
- Leiva. E (2010) Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Bogotá. Editorial Ibáñez. 21,76, 78, 80, 83,,91,93,95,110, 119, 122, 169, 170
- Locke. J (1689) , Los Dos tratados sobre el Gobierno Civil recuperado de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=IGV5kfZj0swC&oi=fnd&pg=PA5&dq=dos+tratados+del+gobiernocivil&ots=zRYAEXFBpr&sig=qGXWzEv8KG8c->

[F5xsU7o83zNJ0I#v=onepage&q=dos%20tratados%20del%20gobiernocivil&f=false](https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS19.pdf)

- Ruiz. W (2008) Responsabilidad extracontractual. Bogotá. ECOE ediciones. 220
- Rivera. A (2003) Tesis de grado Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá. Universidad Pontificia Javeriana. 57, recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS19.pdf>
- Rivero. J (1984), Derecho Administrativo. Caracas. Universidad Central de Venezuela
- Rothbard. M (2010,27,10), El Mercantilismo en Inglaterra, Mises Hispano. Descargado de <https://mises.org/es/library/el-mercantilismo-en-ingles>
- Rousseau. J (1962) El contrato Social. México. Editorial U.N.A.M. recuperado de http://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf
- Sarmiento (2010) Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa. Bogotá. Grupo editorial Ibañez. 29,30, 33, 47, 48,58
- Sartori. G (1992), Elementos de la teoría política. Madrid, La Alianza 17, 21, 321
- Sayagues. L (1953) Tratado de derecho administrativo. Montevideo. Marin Biancho Altuna. 593
- Shneider Hans Pater (1974). La constitución, función y estructura, Berlin. ¿? página 71
- Starck. C (1979) el concepto de la ley en la constitución alemana. Madrid. CEC. 286-287
- Torregroza. J (2007) Responsabilidad extracontractual del Estado por hecho de Legislador. Bogotá. Universidad externa de Colombia. 42, 59
- Van Dun. F (2018,09,10), El libertarismo “reaccionario” de Frank Van Dun, Mises Hispano. Descargado de <http://www.mises.org.es/2018/10/el-libertarismo-reaccionario-de-frank-van-dun/>
- Valdeon. J (1992) el Feudalismo, Madrid. Editorial Alba libros S.L recuperado de <https://es.scribd.com/doc/239732713/Valdeon-El-Feudalismo>
- Vedel. G (1980) Derecho Administrativo. Madrid. Aguilar