

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR FRENTE A LAS
LAGUNAS JURIDICAS

JHONNY ISRAEL FORERO CIFUENTES

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2015

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR FRENTE A LAS
LAGUNAS JURIDICAS

JHONNY ISRAEL FORERO CIFUENTES

Informe final presentado para optar el título de Especialista en Derecho
Administrativo

Asesor

Doc. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Doctora en derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2015

Autoridades Académicas

P. JUAN UBALDO LÓPEZ SALAMANCA, O.P.

Rector General

P. EDUARDO GONZÁLEZ GIL, O.P.

Vicerrector Académico General

P. JOSÉ ANTONIO BALAGUERA CEPEDA, O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. FERNANDO CAJICA GAMBOA, O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBÓN

Secretaria de División Sede Villavicencio

Dra. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

Nota de Aceptación

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana de Facultad Derecho

GILMA YAMILE CUBILLOS GUTIÉRREZ

Coordinador Especialización en Derecho Administrativo

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Director Trabajo de Grado

Villavicencio, Noviembre de 2015

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado al ser supremo, que me da la virtud de aprender y reflejar
mi conocimiento DIOS.

Contenido

	Pág.
Resumen	7
Introducción	9
1. Planteamiento del problema	11
1.1. Formulación del problema	11
2. Objetivos	12
2.1. Objetivo general	12
2.2. Objetivos específicos	12
3. Marco conceptual	13
4. Antecedentes históricos y su evolución	14
4.1. Evolución de la responsabilidad del estado en Europa	15
4.2. Derecho comparado	15
4.2.1. Francia:	15
4.2.2. España	16
4.2.3. Evolución histórica de la responsabilidad del Estado en Colombia.	17
4.3. Responsabilidad del estado legislador con la Constitución de 1991.	19
4.3.1. En Colombia:	21
5. Criterios de imputación de la responsabilidad frente a las lagunas jurídicas.	23
5.1. Omisión legislativa	23
5.2. La corte constitucional puede declarar la inexecutable de una ley	23
5.3. Criterio del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del estado legislador ..	24
5.3.1. Responsabilidad subjetiva “falla en el servicio”	26
5.3.2. Responsabilidad objetiva “daño especial”	26
5.4. Daño especial del Estado por el hecho de la ley.	27
5.5. Responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente.	27
6. Diseño metodológico	28
Conclusiones	29
Referencias Bibliográficas	30

Resumen

La siguiente investigación tiene como finalidad explicar cómo el ordenamiento jurídico en Colombia aun no adopta las medidas pertinentes consagradas en nuestra constitución nacional, en los casos de la reparación patrimonial cuando se vulneran los derechos de los particulares por negligencia del legislador a la hora de crear las leyes con contenidos lapsos en relación a la lagunas jurídicas.

Esta ausencia de responsabilidad del legislador por el daño antijurídico es la que desconoce los derechos constitucionales consagrados en la carta del 91 y que en su tenor literal hace el llamado a los servidores públicos para que salvaguarden la honra y bienes del conglomerado social que puedan garantizar la convivencia pacífica.

Cuando se dice que la ley es la expresión de la soberanía y que es representada por los congresistas por la voluntad del pueblo; no quiere decir ello que el estado no asuma la responsabilidad de sus servidores públicos frente a los agravios que se cometan contra la Constitución Nacional.

En este estado de cosas como lo han llamado las cortes no podemos volver nuestra normatividad colombiana un retazo de remiendos, para remediar las lagunas legislativas que han opacado la imperiosa labor de nuestra asamblea nacional constituyente de 1991.

¿Durante la Investigación nos planteamos el siguiente interrogante y es porque la responsabilidad del estado legislador en la reparación patrimonial no repercute contra la persona que encarna la función pública y quien es el causante del daño antijurídico?

Palabras Claves: Estado legislador, laguna jurídica, estado social de derecho, control político

Abstract

The following research aims to explain how the legal system in Colombia still does not take appropriate measures enshrined in our national constitution, in the case of compensatory damages when the rights of individuals are violated by negligence of the legislator when creating contents lapses laws regarding the loopholes.

This lack of responsibility of the legislator is unlawful damage which ignores the constitutional rights enshrined in the Charter 91 and in its wording makes the call for public servants to safeguard the honor and property of the social conglomerate which could ensure peaceful coexistence.

When we say that the law is the expression of sovereignty and is represented by Congressmen by the will of the people; This does not mean that the state does not take responsibility for their public servants for the wrongs committed against the national Constitution.

In this state of things as the court have called we cannot turn our Colombian law in to a patchword to remedy the loopholes that have overshadowed the vital work of our 1991 national constituent assembly.

During the research we consider the following question and is because the responsibility of the legislator state in the compensatory damages doesn't have repercussions against the person who embodies the public service and who is causing the unlawful damage?

Keywords: State legislator loophole , social state of law, political control

Introducción

En el presente trabajo no se pretende legislar sobre la responsabilidad del estado frente a las lagunas jurídicas, que vician el concepto de la eficacia de la norma al ser llevada a la realidad en los casos concretos, donde existe la vulneración del ordenamiento jurídico colombiano mancillado por conceptos erróneamente aplicados para evadir la responsabilidad de sus funcionarios.

Las apreciaciones que realizo a continuación son el fruto de la observación que vive actualmente el país y la relación que existe con la doctrina y la jurisprudencia extranjera. El reflejo de estos lineamientos en derecho nos alimenta el estado social de derecho que aunque no se encuentre a la vanguardia, ha incluido algunos conceptos en los fallos sobre la responsabilidad del estado legislador en la reparación patrimonial y en los daños ocasionados por el actuar de sus legisladores.

Cuando se adopta el concepto de soberanía, inviolabilidad del voto del congresista y la buena fe en sus actuaciones, no se le está delimitando la responsabilidad frente a sus actos legislados, por cuanto la norma no dota al congresista de una inviolabilidad con un poder absoluto e inquebrantable.

Este gran poder que ostenta un congresista en Colombia, lo hace tan soberano como todo el pueblo en su conjunto y lograr subordinar sus actuaciones con la constitución nacional es un criterio que aún no madura en Colombia.

Cuando encontramos esa distinción entre la soberanía popular y la representativa podemos concluir que el conglomerado social es realmente soberano cuando toma sus propias decisiones sin restricción alguna, como es el caso cuando se hace uso de un cabildo abierto, una consulta popular, un plebiscito y un referéndum. Las demás actuaciones que realiza el legislativo son funciones que encarnan un servicio público para la cual fueron elegidos con apego y respeto por la norma primaria.

Con la entrada en vigencia de la constitución de 1991 en su Art. 2 empezamos a comprender que el estado está en la obligación de proteger la vida, la honra y los bienes

de todos los asociados, lo cual exige un esfuerzo en la construcción y aseguramiento de la efectividad normativa empleada para garantizar o mejorar el nivel de vida de los administrados.

Cuando el legislador se aparta del cumplimiento de su deber, empieza a desbordar sus actuaciones vulnerando y creando un daño antijurídico que lo convierte en responsable por su acción u omisión como lo contempla el Art 90 de la C.N., el cual señala que la autoridad pública deberá responder también patrimonialmente por el daño antijurídico imputable.

Al hablar de la responsabilidad del congreso encontramos que esta carece de personería jurídica y es por ello que las condenas siempre recaen sobre la Nación bajo el título de un daño especial ocasionado por el hecho del legislador.

En años anteriores hemos visto como el congreso tiene la capacidad de contratar, pero no de contraer obligaciones por su actuar irresponsable al quebrantar la ley aun estando sometido a la ley 80 de 1993.

Lograr imputar el daño por el hecho del legislador a los congresistas, son aspectos que serán esbozados en el futuro ya sea por una Asamblea Nacional Constituyente o por una posición radical de la Corte que no esté supeditada por este estado de cosas inconstitucionales que vive nuestro país al no permitir una real independencia de las 3 ramas del poder público.

Existirá en Colombia un real control político al legislativo cuando los estudiosos del Derecho o los propios congresistas limiten su actuación al imperio de la ley y al acatamiento de la misma, por el momento solo nos queda que el único órgano que puede seguir declarando patrimonialmente responsable al Estado por los daños antijurídicos es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1. Planteamiento del problema

Hablar de la responsabilidad del Estado legislador es remontarnos al bloque de constitucionalidad existente en algunos países Europeos, donde se resaltan algunos conceptos relevantes que sirvieron de base normativa para poder resarcir los daños jurídicos que se venían ocasionando por el obrar del legislador y que en Colombia a pesar de contar con una de las mejores constituciones de Colombia aun no se habían abordado los temas por la inaplicación de los conceptos que fueron esbozados por el constituyente del 91.

Al tomar el problema base, que es el poder delimitar hasta qué punto el congreso tiene responsabilidad en la toma de decisiones al crear un lapsus jurídico, decidí acudir a la jurisprudencia y las fuentes formales literarias que han desarrollado ampliamente el tema y que describen algunas puntos de vista en relación a la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

Al analizar la jurisprudencia extranjera y nacional deseo poder llevar al lector al daño antijurídico que se ocasiona al no existir una delimitación que no desborde el obrar del legislador y que con claridad nos estipule un tipo de Imputación que identifique el ejercicio legislativo a la hora de tomar decisiones trascendentales que afecten nuestros derechos.

1.1. Formulación del problema

¿Por qué la responsabilidad del estado legislador en la reparación patrimonial no repercute contra la persona que encarna la función pública, como ha sido el desarrollo jurisprudencial frente al tema y quien es el causante del daño antijurídico?

2. Objetivos

2.1. Objetivo general

Analizar la responsabilidad del estado legislador en las lagunas jurídicas y la repercusión de las convenciones en las normas locales.

2.2. Objetivos específicos

- Exponer la evolución que ha surgido en materia de responsabilidad legislativa en Colombia.
- Establecer la existencia de la falla en la función legislativa.
- Explicar la responsabilidad del legislador ante la Constitución Nacional

3. Marco conceptual

El consejo de estado se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la adopción de criterios para poder indilgar la responsabilidad objetiva en la reparación patrimonial, mediante dos figuras como son **la falla en el servicio** donde la administración actúa con omisión frente a los llamados de la comunidad y en el otro evento como es **el riesgo excepcional** donde se produce el desequilibrio de las cargas públicas y se rompe el principio de igualdad generando un riesgo de naturaleza, ante las eventuales decisiones que se han proferido en el tema relacionado a la reparación directa, el consejo del estado ha tenido que recurrir al bloque de constitucionalidad para amparar la población civil, que se encuentra desprotegida y no cuenta con los argumentos jurídicos para calificar algunas conductas típicas que se enmarcan en la antijuricidad. Es por ello que se ha utilizado **la teoría del daño especial** para equilibrar las cargas públicas tomando el principio de igualdad para adoptar una decisión que asuma un principio de solidaridad frente a la reparación directa del estado.

Esta responsabilidad por parte del estado legislador ha surgido por el abandono de las instituciones, que han negado el reconocimiento de los derechos de los particulares afectados por las decisiones del legislativo años atrás, cuando se sometían todos los poderes públicos al acatamiento del orden constitucional, esta connotación no se debe entender como la exclusión de la responsabilidad patrimonial por el daño antijurídico causado por la elaboración de la norma.

La supremacía de la constitución no solo se viola con la ley inconstitucional, sino además con la omisión del legislador al crear la norma antijurídica o al adoptar un tratado internacional contrario a las normas nacionales, por eso se hace importante o preponderante que sea la corte quien module o articule la función legislativa, claro está sin vulnerar el principio de separación de poderes mientras llega una reforma constitucional o el legislativo asume la responsabilidad de autorregular sus propias funciones con respeto al ordenamiento jurídico.

4. Antecedentes históricos y su evolución

Cuando se habla de la Responsabilidad del Estado, es importante recordar la evolución surgida de los Estados absolutistas que gobernaban bajo un régimen monárquico y autoritario, donde jamás se pensó sobre los daños y perjuicios que se ocasionaban por la actividad propia de su legislación.

Ahora el desconocimiento de la responsabilidad del Estado estaba supeditado bajo las creencias religiosas y autoritarias, donde se pregonaba que el Rey gobernaba bajo la influencia que Dios ejercía y reconocía en cabeza de él y en los demás casos por el deseo constante de sumar poder a través de conquistas por la fuerza.

El rey siempre tenía el poder de ser el soberano y creador de la ley, hablar de su ilegalidad en sus actuaciones era contrariar las decisiones que con llevaban al destierro o la muerte y en los estado autoritarios ocurría lo mismo.

Con el paso de los años se empezó a plantear la posibilidad de crear un tribunal contencioso que delimitara el actuar del Estado despótico y arbitrario, hablar del derecho a la vida, la salud y la expropiación como los daños mas relevantes y elementales, era traer consigo nuevos cambios que darían paso al surgimiento de nuevas herramientas, que buscarían resarcir todos los perjuicios ocasionados por el abandono que el Estado había tenido por innumerables décadas en el desconocimiento de los derechos de los ciudadanos.

Esta corriente democrática naciente de la época, era suscitada por las personas que despertaban el interés por defender las causas que siempre habían sido marcadas por la tiranía de sus gobernantes.

La indiferencia del Estado frente a estos temas fue cambiando a medida que en cada país se empezaba a comprender que el Estado también debía responder por sus actuaciones contrarias a las normas que el mismo creaba.

El Estado empieza a entender el rol que desempeña como prestador de un servicio público y es cuando logra entender el equilibrio que la institucionalidad no puede romper por un capricho, al no querer reconocer que también se puede equivocar al tomar ciertas decisiones, es aquí cuando se abre el debate hasta qué punto se puede dar la posibilidad de indemnizar los perjuicios que se ocasionan por la labor dañosa que en ocasiones desempeña el Estado.

4.1. Evolución de la responsabilidad del estado en Europa

Con la revolución francesa en el año de 1789 donde el feudalismo y la monarquía fue derrotada por una asamblea nacional, se dio el primer paso a un nuevo sistema de democracia moderna que reconocía la soberanía de un pueblo que clamaba la responsabilidad del estado en sus actuaciones.

En Francia y España se comienza admitir la responsabilidad del Estado por la reglamentación legislativa, la expropiación y las consecuencias que habían dejado las guerras, esa separación de poderes entre la administración y el juez van creando la conciencia que el Estado no solo direcciona sino que también debe responder por las actuaciones de sus agentes.

4.2. Derecho comparado

4.2.1. Francia:

Como un gran referente en responsabilidad del Estado legislador encontramos el fallo la Fleurette del 14 de enero de 1938, en este caso se prohibía la fabricación y venta de una crema que remplazaba la leche, la cual llevo al cierre de la empresa productora. La norma francesa no hacía alusión a este tipo de indemnización, como consecuencia de la expedición de una ley en el año de 1934 que prohibía o restringía una actividad lícita y que como consecuencia llevo a la quiebra de los comerciantes generando un daño como consecuencia del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Esta norma impedía la libre competencia porque las productoras lecheras estaban quedando a la baja.

En el caso en mención el consejo de estado resolvió:

[...] Considerando que nada, ni en el texto de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido. (Leiva Ramirez, 2010, p 127)

En consecuencia una ley que el Estado legislador impone favoreciendo los intereses de una de las partes obliga al estado a indemnizar por haber desbordado los límites del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

4.2.2. España

En España no se habla de autoridades públicas sino de servicios públicos, lo cual aparta al legislador como responsable de la acción legislativa por ser este en últimas la voluntad soberana, además de ello el control al legislador se efectúa con el recurso de inconstitucionalidad reservado ante el tribunal constitucional y con la declaratoria se puede indilgar responsabilidad patrimonial al parlamento.

Como ejemplo de ello está el siguiente caso:

Caso español de pescañova S.A.(la responsabilidad patrimonial del estado por violación del principio de confianza legítima y la derivada de leyes inconstitucionales)
En aquella época se demandó el Art 168 del tratado de adhesión del 12 de junio de 1985, que ordeno la eliminación de los cupos exentos de aranceles para las empresas pesqueras. En el año de 1993 como punto de partida del hecho generador fue la incorporación de España a la unión europea que a la postre redujo el cupo pesca de los armadores nacionales, estas entidades mercantiles habían realizado notables inversiones para la renovación de su flota, aprovechando para ello las ventajas económicas que el gobierno les había brindado meses antes de la firma del tratado de adhesión.

El Tribunal Supremo Español inicialmente acudió a la tesis de la violación del principio de la confianza legítima en las primeras ocasiones en las cuales condenó el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad del Legislador”. . (Leiva Ramirez, 2010, p 87-88)

En España el principio de igualdad frente a las cargas públicas no deriva la responsabilidad en el legislador, pero si se rompe el principio cuando es la norma la que impone las reglas de conducta en materia legislativa entonces el estado si responde.

4.2.3. Evolución histórica de la responsabilidad del Estado en Colombia.

Hablar de la responsabilidad del Estado en América latina es remontarnos a la época de la colonia, cuando los españoles llegaron mediante la conquista y nos regíamos mediante la corona, que luego con posterioridad en el año de 1810 recuperaríamos mediante el grito de la independencia ganada por los criollos, todos estos acontecimientos estuvieron enmarcados por la violencia y el desconocimiento de los derechos.

En Colombia empezamos hablar de la responsabilidad del estado con la constitución de 1821 en el artículo 34 de la ley 1 de julio de 1823 la cual decía: si algunos terrenos molinos acequias de regadíos u otros establecimientos de cualquier especie, se desmejoren o utilizaren por causa de una obra pública aunque esta no ocupe parte de ellos, se indemnizara a los propietarios de todos los daños que experimenten. (Constitución Política, 1821)

Después del año 1850 cuando existían los estados liberales y era la corte suprema de justicia la encargada de ejercer el control como máxima autoridad de la rama judicial, se comienza a responsabilizar al estado por el daño ocasionado por el desempeño de sus funciones.

Colombia adquiere experiencia en el manejo de la responsabilidad extracontractual con el fallo blanco en Francia en el año de 1873.

Con la constitución de 1886 en los Art. (2, 19, 20, 21) también se desarrollan postulados sobre la responsabilidad del estado, los cuales consagran el principio de legalidad del estado para proteger la vida, la honra y bienes de los ciudadanos garantizando la propiedad privada.

En la constitución de 1886 la corte suprema de justicia también se refirió a la responsabilidad del estado en el art 151 “el estado está llamado a dirimir los negocios contenciosos que fuera parte de la nación” (Constitución Política, 1886)

En el año de 1947 se presentó un estado de sitio que decreto la censura de un medio de prensa, lo cual dio lugar a la suspensión de las actividades del periódico y que el consejo de estado se pronunció en la sentencia del 29 de julio del mismo año, donde trae la teoría del daño especial francés.

(...) El estado debe responder, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razones de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla; causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Leiva Ramirez, 2010, p. 41, 83).

Con posterioridad en el año 1960 las pautas que la doctrina francesa nos dejó dieron lugar a la teoría de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas públicas y privadas y en como entonces el consejo de estado en el fallo de 1960 proclamo:

(...) Nuestra Corte Suprema de justicia influenciada por la doctrina francesa acogió en múltiples fallos la concepción civilista de la responsabilidad del poder público con base en el artículo 2349 del Código Civil... de conformidad con ella se asimilaba al Estado o a la entidad de derecho público al amo, patrón o empleador para deducirle una responsabilidad... (Leiva Ramirez, 2010, p 35, 79).

En el año 1964 se le atribuye a la jurisdicción contenciosa administrativa todas aquellas controversias por la responsabilidad de la administración que dieran lugar a la obligación de indemnizar por parte del estado con ocasión del daño causado o provocado.

Con la Constitución de 1991 se empieza adoptar criterios jurídicos recogidos de la historia contenciosa administrativa colombiana y la legislación extranjera que nos enseña que el Estado también se equivoca al crear el daño antijurídico pero que en Colombia la finalidad es reparatoria por el perjuicio más no por el actuar del agente. En resumen podemos decir que después de la independencia en el año 1821 existía un órgano llamado la corte suprema de justicia quien era la encargada de manejar los conflictos de aquel entonces. En el año 1885 se empieza hablar de un consejo de estado la cual nace con la constitución de 1886, pero empezó a regir como órgano de la jurisdicción contenciosa en el año 1914. En el año 1964 se empieza hablar de la falla en el servicio como principio de la responsabilidad del estado, ya para el año 1989 se retoma el término falla presunta del servicio y en el año 1984 se habla con claridad sobre el riesgo excepcional donde el punto de vista de la responsabilidad es objetiva.

4.3. Responsabilidad del estado legislador con la Constitución de 1991.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991 se empiezan atomizar los conceptos que logran formar una ruptura entre la administración que ejerce el estado y los destinatarios. Con la asamblea Nacional constituyente el estado empieza a ser garante en la protección de los derechos fundamentales en un estado social de derecho.

En la carta magna en algunos artículos quedo consignada la responsabilidad del Estado legislador como es el caso de los Artículos 1,2,4,6,13,58,90,123,332,336,365 de la C.N., donde se hace alusión al servidor público que actué con omisión y extralimitación en sus funciones, desconociendo los principios y valores más elementales del ordenamiento jurídico colombiano. (Constitución Política, 1991)

Después de haber entrado en vigencia la nueva Constitución de los colombianos se empiezan a presentar episodios jurídicos sobre la responsabilidad por la actuación legislativa, sobre el daño antijurídico como postulado de la responsabilidad del estado donde el exceso de cargas públicas no puede ser soportado por el individuo y es ahí donde se recurre al Art. 90 de la constitución para analizar los cambios sociales que el estado sufre con el pasar de los años y se empieza a evidenciar que los particulares no

pueden ser siempre sometidos al imperio de la ley cuando esta lesiona o pone en peligro la vida social de las personas por el actuar inequívoco de los legisladores al crear la norma.

Art 90 C.N. “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, aquel deberá repetir contra este.” (Constitución Política, 1991)

El consejo de Estado ha establecido dos criterios para que se dé la responsabilidad patrimonial y son que exista un daño antijurídico y dos que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública por cuanto en un estado social de derecho existe la solidaridad, la igualdad y la justicia.

En Colombia hay normas que prevén el daño antijurídico y que son indemnizables como es el caso de los siguientes artículos:

Art. 58 de la C.N. “(...) Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijara consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. (Constitución Política, 1991)

Art. 332 de la C.N. “El estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.” (Constitución Política, 1991)

Art 336 de la C.N. “la ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita”. (Constitución Política, 1991)

También existe en nuestro ordenamiento jurídico colombiano el daño jurídico cuando existe el deber legal de soportarlo, como ejemplo sería; cuando se expide una ley por motivo de utilidad pública o interés social así este en contra de los particulares, otro

caso es cuando se presenta la expropiación en tiempos de guerra la cual puede ser decretada por el gobierno si se presentara esta eventualidad.

Cuando una actuación legal por mandato de una norma provoca un daño antijurídico e impone una obligación de soportarlo por la licitud de una conducta, el estado deberá entrar a indemnizar y reparar el daño ocasionado. Esta responsabilidad del legislador rompe las cargas públicas cuando deja al particular sin el medio de defensa, por cuanto la actividad del estado no solo se circunscribe a crear la norma sino también para el cumplimiento tácito de orden legal por postulados en los distintos tratados ratificados por el gobierno colombiano

4.3.1. En Colombia:

Tenemos varios antecedentes jurisprudenciales, entre uno de ellos encontramos la (Sentencia Expediente IJ-001, 1998) del consejo de estado;

“En esa oportunidad, se trataba de los perjuicios ocasionados por la aplicación de la (Ley 6, 1972), por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena. Los hechos fueron los siguientes: en el año 1991, un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda impetrada contra el conductor del vehículo debido a la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena. Posteriormente, acuden ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y demandan al Congreso de la República, representado en el proceso por el Ministerio del Interior, bajo el entendimiento de que estas entidades debían responder por los perjuicios causados por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y luego aprobada por el Congreso de la República.” (Leiva Ramirez, 2010, p. 95).

“En la decisión de segunda instancia, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sostuvo que la responsabilidad del Estado legislador no

tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la anti juridicidad del daño. El que sostuvo que el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues, a su juicio, la responsabilidad del Estado legislador solo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio”. (Leiva Ramirez, 2010, p. 95).

[...] Si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que conceda a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular. Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los Actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. (Leiva Ramirez, 2010, p. 96).

5. Criterios de imputación de la responsabilidad frente a las lagunas jurídicas.

5.1. Omisión legislativa

Cuando hablamos de omisión legislativa es indispensable hablar de dos clases; la omisión absoluta y la relativa; en la omisión absoluta es la falta de legislación sobre un tema específico por cuanto no hay texto legal que lo regle, este reproche constitucional en ocasiones resulta incompetente porque el silencio de un legislador se presume bajo el principio de la buena fe, la inviolabilidad del voto y el sometimiento al imperio de la ley.

En la omisión relativa se presenta una deficiencia en el texto que regula una disposición legal que ocasiona la vulneración al debido proceso, derecho a la igualdad, derecho a la defensa entre otros, cuando la norma pone en condición de inferioridad al particular y lo lleva al imperio de la ley por una imposición normativa contraria al orden legal y justo y que en últimas puede ser objeto de un juicio de constitucionalidad para proferir una sentencia integradora que enmienda esa omisión en particular.

En la (Sentencia C-543, 1996) la corte reitero sobre el tema:

“Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos canones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”. (Sentencia C-543, 1996)

5.2. La corte constitucional puede declarar la inexecutable de una ley

Ello ocurre cuando la corte concede efectos retroactivos al declarar una ley inconstitucional, esta modulación en sus decisiones ha permitido indemnizar los perjuicios ocasionados por el legislador. En este caso la Corte ordeno al Ministerio de

Hacienda la devolución de las sumas percibidas que de forma inconstitucional se recaudaron.

“Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la carta los preceptos que autorizaban la colocación de los bonos, se tendría un enriquecimiento sin causa para 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 disponga 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. Además, la aludida consecuencia se apoya en el principio de la buena fe”. (Sentencia C-149, 1993) INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 16, 17,18 DE LA LEY 6 DE 1992.

5.3. Criterio del Consejo de Estado sobre la responsabilidad del estado legislador

A partir de la asamblea nacional constituyente, se empezó a admitir la responsabilidad del estado por el hecho del legislador, pero los conceptos no quedaron totalmente claros, porque las actuaciones de los parlamentarios e intervinientes nunca dejaron plasmado en concreto la responsabilidad del congresista.

Esta ausencia de someter al control constitucional al legislador bajo el imperio de la ley, quedo como un mero formalismo en el Art 90 de la C.N. la cual se interpreta de manera restrictiva al no reconocerle la responsabilidad al creador de la norma, por cuanto la buena fe depositada en la asamblea nacional constituyente nunca fue cuestionada por los particulares, quienes observaron desde la cúspide del ordenamiento jurídico la labor imperiosa de sus creadores y nunca se hizo impensable que ellos pudieran ser objeto de algún control por el ejercicio de sus funciones en el futuro.

El 25 de Agosto de 1998 la sala plena del Consejo de Estado emite un fallo sobre la responsabilidad del Estado, por haber aprobado la ley 6 de 1992 cuando entro en vigencia la Convención de Viena en materia diplomática; los hechos del caso en mención se dan por el accidente de tránsito donde un coronel estadounidense atropella al señor Cesar Julio Cuervo con un vehículo diplomático, ante la acción de reparación

directa la inmunidad diplomática favorecía al extranjero logrando el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

“Acuden ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y demandan al Congreso de la República, representado en el proceso por el Ministerio del Interior, bajo el entendimiento de que estas entidades debían responder por los perjuicios causados por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y luego aprobada por el Congreso de la República.”. (Leiva Ramirez, 2010, p 95)

“En la decisión de segunda instancia, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sostuvo que la responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño. El consejo de estado sostuvo que el origen de dicha responsabilidad no era el hecho de la ley, sino la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues, a su juicio, la responsabilidad del Estado legislador solo podía tener origen en la previa declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto legislativo, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio”. (Leiva Ramirez, 2010, p 95)

[...] Si bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo. Los privilegios que conceda a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular. Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los Actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. (Leiva Ramirez, 2010, p 96)

Conferir un favorecimiento de la norma que conduzca a la inmunidad diplomática no puede significar el desconocimiento de los derechos que tienen los residentes en Colombia y que el ordenamiento jurídico establece para garantizar el goce efectivo de

un derecho positivo, que está ligado al debido proceso, derecho a la igualdad y que el estado está en la obligación de repararlo por causar un daño antijurídico que el particular no debe soportar. El consejo de estado adopta una postura sobre el daño especial en este caso por cuanto hay un desequilibrio frente a la ley, que derivo de la adopción de un convenio legítimo.

5.3.1. Responsabilidad subjetiva “falla en el servicio” (Sentencia C-038, 2006)

Es la omisión, la irregularidad o ineficiencia de la actuación legislativa para garantizar el orden legal y justo de la legislación, esta obligación renuente por parte del estado es la que en reiteradas oportunidades se vienen presentando con la aceptación de algunas demandas que ha acogido el consejo de estado para imputar la responsabilidad al estado por haber mediado una obligación a cargo del mismo.

Es importante saber que solo se adecua la conducta cuando la actuación que dio origen al perjuicio se encuentra vinculada al servicio cuestionado, por lo tanto cuando se alega la responsabilidad es necesario demostrar la acción u omisión de la administración.

5.3.2. Responsabilidad objetiva “daño especial”

La persona afectada asume una carga mayor que pone en estado inferioridad con respecto a las demás personas. Cuando hablamos del Art 13 de la C.N. con respecto al principio de igualdad estamos tocando el tema del daño especial el cual se concreta cuando el estado en su actuar legítimo impone una carga que el ciudadano no debe soportar y comete una injusticia la cual debe reparar.

Esta actividad lícita que fue desplegada por el estado se repara patrimonialmente por el goce efectivo que tiene los particulares al poder reclamarlo con los Art 13 y 90 de la C.N. pero para que exista debe haber rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

5.4. Daño especial del Estado por el hecho de la ley.

El consejo del Estado desarrolla la tesis del Daño especial por cuanto la omisión deduce la falla en el servicio del legislativo, cuando queda demostrada la falencia que nace del elemento culpa que es la que configura la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley.

La actividad legislativa que causa el daño al particular debe reunir los siguientes elementos.

1. El hecho debe ser generado por una actuación legítima del estado al adoptar una norma en el ordenamiento jurídico o al crearla que logre romper la igualdad frente a las cargas públicas.
2. Que se lesione el bien jurídico tutelado
3. Que exista un nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

5.5. Responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente.

Cuando la Asamblea Nacional Constituyente proclamo la Constitución de 1991, privo a los congresistas y magistrados de su investidura al crear y suprimir los cargos que ostentaban para la fecha en mención, impidiendo completar el periodo para el cual habían sido elegidos. El consejo de Estado se pronunció por este estado de cosas y estimo que el acto constituyente no tiene control constituido por alguna rama del poder público, por cuanto obra con libre ejercicio y es soberano y no puede entrar a enjuiciar lo que realice aquella porque la Constitución Nacional no la limita en su ejercicio.

6. Diseño metodológico

Es importante que la corte ayude a delimitar el campo de acción de la norma para que esta no se vuelva lesiva y vulnere o afecte los derechos fundamentales, de otra manera se debe exhortar al congreso para que cumpla sus funciones con más apego a la constitución nacional y no al apasionamiento político del momento.

La omisión legislativa relativa, no puede seguir siendo resuelta por la corte mediante la modulación de sentencias y tampoco debe estar obligada a asumir una función legislativa que es propia de un congreso elegido por el pueblo.

Cuando la corte encuentra algún vicio de inconstitucionalidad en la ley, decide mantenerla vigente con formas como condicionar la norma, pero a su vez recomienda al legislador reformar estas leyes para ajustarlas al ordenamiento constitucional. Una de las críticas que abordo dentro de esta investigación es observar como la rama legislativa es inoperante al aprobar normas antijurídicas desconociendo el acatamiento y respeto por nuestra Constitución Nacional, pero lo peor del caso no se centra en la antijuricidad propia mente dicha del hecho dañoso, sino en la falta de visualización que el congreso omite para ver como la corte legisla sobre asuntos inherentes al legislativo y que a su vez asume posturas mediante la injerencia de diversos tipos de sentencias con las cuales se llenan “ciertos vacíos” dejados por el congreso en el trasegar de la función configuradora de la norma.

Para abordar la respuesta a los objetivos específicos fue de gran ayuda la lectura de Eric Leiva Ramirez y Juan Pablo Sarmiento Erazo quienes hablan en sus obras literarias sobre la responsabilidad del Estado legislador, además de ello en el panorama actual que vive el País podemos visualizar como en el actual proceso de Paz, se torna un jaque en la decisión final para la aprobación de un plebiscito que desde ya gana detractores por la forma en que se va abordar la refrendación de las negociaciones entre el Gobierno y las Farc, algunos consideran que es mejor un referéndum y otros hablan de un plebiscito, de lo que aun no se discute es sobre la responsabilidad del Estado y la impunidad que se avecina tomando aun mas de moda la responsabilidad del estado legislador en el futuro.

Conclusiones

En Colombia el legislador ha desconocido el poder soberano, para legislar bajo los intereses particulares y los caprichos los cuales no representan la voluntad de sus gobernados quienes le dan la investidura para ocupar una curul en el Gobierno Nacional o el Congreso y que por lo tanto deben actuar de manera razonada y coherente reconociendo que nuestro estado social de derecho brinda una confianza legítima y un voto de buena fe depositado en los padres de la patria quienes tienen el designio de guiar al país bajo los principios rectores que gobiernan una democracia justa, pluralista y democrática.

Cuando el legislador actúa con desapego a la constitución y las normas es cuando nacen las lagunas y las conductas antijurídicas dañosas que provocan la ilicitud de una norma que controvierte el ordenamiento jurídico, pero estos daños no siempre deben ser llevados al campo de la inconstitucionalidad para efectos de ser corregidas por las cortes, sino que además pueden ser originadas por los cambios constantes de una sociedad por el paso de los años, donde se hace más exigible el circunscribir ciertos parámetros de conducta normativa, que en el pasado se observaron con licitud pero que ahora han fluctuado por el crecimiento poblacional y estructural de un país en el ámbito social y político como en el actual proceso de PAZ que estamos presenciando los Colombianos y que aunque legitima al Estado para propender por ese anhelo, también no podemos dejar de lado el Derecho de las víctimas y la seguridad jurídica de un Estado Social de Derecho.

Referencias Bibliográficas

Colombia. (30 de Agosto de 1821). *Constitución política*. Obtenido de leyex.info.bdatos.usantotomas.edu.co:

http://usantotomas.leyex.info.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/consulta.php?tipo_listado=2&sec=2&busq=1&ubicacion=leyes&tipo_doc=pdf&documento=94&s=2&referido=dGlwb19saXN0YWVvPTImYnVzcT0xJnNlYz0yJmtleXdvcmlQ9JnBhZz0mb3JkZXI9JnRpcG9fY29kaWdvPSZ0aXBvX3NlY3Rvcj

Colombia. (06 de Julio de 1991). *Constitución política*. Obtenido de leyex.info.bdatos.usantotomas.edu.co:

http://usantotomas.leyex.info.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/consulta.php?tipo_listado=2&sec=2&busq=1&ubicacion=leyes&tipo_doc=pdf&documento=24&s=2&referido=dGlwb19saXN0YWVvPTImYnVzcT0xJnNlYz0yJmtleXdvcmlQ9JnBhZz0mb3JkZXI9JnRpcG9fY29kaWdvPSZ0aXBvX3NlY3Rvcj

Colombia, . (05 de Agosto de 1886). *Constitución política*. Obtenido de leyex.info.bdatos.usantotomas.edu.co:

http://usantotomas.leyex.info.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/consulta.php?tipo_listado=2&sec=2&busq=1&ubicacion=leyes&tipo_doc=pdf&documento=93&s=2&referido=dGlwb19saXN0YWVvPTImYnVzcT0xJnNlYz0yJmtleXdvcmlQ9JnBhZz0mb3JkZXI9JnRpcG9fY29kaWdvPSZ0aXBvX3NlY3Rvcj

Colombia, Congreso de la república, Ley 6 (15 de Noviembre de 1972). Obtenido de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1972/ley_0006_1972.html

Leiva Ramirez, E. (2010). *Responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador - Análisis jurisprudencial y doctrinal*. Bogotá: Editorial Ibañez.

MP. Carrillo Ballesteros, J. M., Sentencia Expediente IJ-001 (Consejo de estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo 25 de Agosto de 1998).

MP. Gaviria Díaz, C., Sentencia C-543 (Corte Constitucional 16 de Octubre de 1996).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>

MP. Hernández Galindo, J. G., Sentencia C-149 (Corte Consitucional 22 de Abril de
1993). Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14029>

MP. Sierra Porto, H. A., Sentencia C-038 (Corte Constitucional 01 de Febrero de
2006). Obtenido de
<http://app.vlex.com/bdatos.usantotomas.edu.co:2048/#CO/search/jurisdiction:CO/sentencia+C-038+de+2006/CO/vid/43624300>