

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR
UNA IMPUTACIÓN OBJETIVA O SUBJETIVA**

Oscar Iván Rodríguez Huérfano

**Trabajo de grado
para optar para el título Magister en Derecho Público**

Dirigido por:

María Teresa Zuluaga Botero

Magister en Derecho Público

Universidad Santo Tomás

Facultad de derecho

Bogotá

2020

Resumen

El presente trabajo busca generar unas reglas de aplicación directa para la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, generando una clasificación de las circunstancias en las cuales puede acaecer esta responsabilidad, es por eso que se realiza una delimitación de las leyes y su control constitucional, de igual manera se aborda las concepciones filosóficas del órgano legislativo, así como las discusiones modernas de los conceptos de daño y perjuicio, de igual manera se abordara los diferentes grados de imputación a tener en cuenta en la responsabilidad del Estado en Colombia, se utilizara como mecanismo de aproximación la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, en particular en lo que refiere a la cláusula general de la responsabilidad del Estado (artículo 90 de la Constitución política de Colombia), su concepción desde la constitución de 1991 y su desarrollo a lo largo de sus pronunciamientos, de otro lado se revisara la jurisprudencia dada por el Consejo de Estado hasta el momento en lo que respecta al objeto del presente escrito.

Palabras Clave: responsabilidad del Estado, el hecho del legislador, daño. Perjuicio, grados de imputación.

Abstract

The present work seeks to generate direct application rules for the responsibility of the State for the fact of the legislator, generating a classification of the circumstances in which this responsibility may occur, that is why a delimitation of the laws and their constitutional control is carried out , in the same way the philosophical conceptions of the legislative body are addressed, as well as the modern discussions of the concepts of damage and harm, in the same way the different degrees of imputation to be taken into account in the responsibility of the State in Colombia, will be used As an approximation mechanism, the jurisprudence issued by the Constitutional Court, particularly with regard to the general clause of state responsibility (Article 90 of the Colombian Political Constitution), its conception since the 1991 constitution and its development as Throughout its pronouncements, on the other hand the jurisprudence given by the Council of E up to now with regard to the object of this writing.

Key Words: responsibility of the state, the fact of the legislator, damage. Damage, degrees of imputation.

Contenido

Resumen.....	1
Abstract	2
Introducción	5
CAPITULO I El daño y sus títulos de imputación	16
1. Contextualización del concepto de daño desde la perspectiva doctrinal.....	16
2. Desde la Corte Constitucional	17
3. El concepto de daño antijurídico.....	19
4. El daño antijuridico desde la Constitución de 1991 desde la perspectiva del Consejo de Estado.....	23
5. Noción de perjuicio	25
6. Diferencias conceptuales entre daño, daño antijuridico y perjuicio.....	30
7. Responsabilidad del Estado antes de la Constitución Política de 1991	31
8. Grados de imputación.....	32
8.1. Imputación Objetiva.....	32
8.2. Imputación Subjetiva.....	45
CAPITULO II	49
1. Debates dogmáticos	¡Error! Marcador no definido.
2. Imputación en la responsabilidad del Estado legislador.....	51
2.1. Desequilibrio de las cargas públicas.	52
2.2. Vulneración de la confianza legitima	54
2.3. Responsabilidad del Estado por la ley exequible	56
3. La responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	57
4. La responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador en la Jurisprudencia de Consejo de Estado.....	69
5. Grados De Imputación en la responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador.....	80
5.1. Desequilibrio de las cargas públicas.....	80
5.2. Vulneración de la confianza legitima	80
Capitulo III. ANALISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR.....	81
1. El Legislador.....	81
2. Posturas Filosóficas del Parlamento y la Teoría de la Representación	82

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

4

CONCLUSIONES..... 106

Referencias bibliográficas 108

Introducción

El proyecto de investigación busca establecer los vacíos normativos de la legislación colombiana, en lo referente a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, lo anterior realizando un estudio de las diferentes decisiones y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y el Consejo de Estado.

De igual forma, se evaluarán las diferentes posturas sobre el papel y el objeto del parlamento en los Estados, de esta forma abordaremos los conceptos clásicos sobre el parlamento y la nueva visión jurídica y filosófica de este órgano en los Estados modernos, de esta forma estableceremos una conclusión sobre las posturas en las cuales se deben desarrollar los grados de imputación sobre este tema por los órganos de cierre en nuestro ámbito jurídico.

A lo largo de la historia judicial de Colombia se han planteado diferentes tipos de responsabilidad patrimonial del Estado, pero a la fecha no es claro el alcance de la responsabilidad del legislador por el cumplimiento de sus funciones. Si bien existen algunos pronunciamientos por parte de las altas cortes éstos no han obedecido a determinar reglas generales de responsabilidad, a contrario sensu, dependen de cada caso bajo estudio para analizar la responsabilidad.

Es por ello por lo que no existe un punto de partida o una regla general sobre el particular, por ende, se pretende proponer unas reglas de aplicación con sustento en el avance judicial y los postulados modernos que nos permitan generar esos parámetros de identificación, y de esta manera lograr un punto de encuentro mediante los cuales se realice los juicios que versen sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

En consecuencia, el problema jurídico se contrae a responder. ¿Las personas que se encuentren afectadas por la expedición de una norma, pueden solo utilizar el grado de imputación subjetivo para garantizar la cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia?

En este sentido la hipótesis de trabajo de esta investigación es que es posible utilizar el grado de imputación objetiva en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. pues los órganos de cierre de la rama del poder judicial en Colombia han desarrollado diferentes títulos de responsabilidad extracontractual del Estado, y grados de imputación de los mismos, todo ello gracias a la cláusula de responsabilidad estatal consagrada en la Constitución Política de Colombia, no obstante dentro de la dinámica judicial del país se ha planteado la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, llevando de esta manera una interpretación siquiera uniforme en considerar que existe dicha responsabilidad en algunos casos puntuales, pero al realizar un estudio, no se observa una postura general sobre el caso en particular, ya que en cada momento de estudio ha sido abordado el tema de diferentes percepciones, lo cual impide dar de manera acertada un lineamiento que genere seguridad jurídica sobre este punto, y sobre el grado de imputación a desarrollar, en este sentido es posible afirmar que se puede realizar una aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad del Estado legislador sin esperar siempre a establecer una falla del servicio legislativo.

En el presente estudio se aplicó la metodología cualitativa, a partir de la legislación y de la jurisprudencia de Colombia, aplicando el estudio comparado de la documentación obtenida de los órganos de cierre y del órgano legislativo del Estado colombiano.

Teniendo en cuenta la normatividad vigente y la vasta jurisprudencia del Estado colombiano, existen dos formas de responsabilidad del Estado, una de naturaleza subjetiva, que es aquella en la cual se le imputa una omisión al Estado, una falta o un menoscabo acaecido propiamente por una obligación de este mismo; y de otro lado la responsabilidad objetiva, que surge de los actos de poder del Estado, situación ésta que crea desequilibrios dentro de los asociados y que resultan afectando a los mismos, en sus bienes y/o derechos.

En consecuencia, dentro del proceso de responsabilidad se ha desarrollado toda una teoría sobre el daño que hoy se denomina daño antijurídico, la cual ha sido tratada en suficiente jurisprudencia por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quien entre otras ha manifestado lo siguiente frente al daño reparable por parte del Estado:

A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado 'responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables', lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. (Consejo de Estado, 2014, p 25)

Esta primera parte nos indica que constitucional y legalmente no ha existido un pronunciamiento válido, que permita determinar en qué consiste esta figura jurídica, sin embargo, en esta misma jurisprudencia, se nos indica las fuentes y el derecho comparado utilizado para la construcción jurisprudencial de este término, sustento que es obtenido del ordenamiento constitucional español en su artículo 106, de esta forma, se define el daño antijurídico como:

(...) Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como 'la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la

víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que 'el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de 'causales de justificación (Consejo de Estado, 2014, p 25)

Ahora bien, de la lectura anteriormente mencionada se pueden destacar unas características, según el Consejo de Estado.

Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber: la primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad (Consejo de Estado, 2014, p 28)

De esta última parte se realiza una delimitación propia de la responsabilidad estatal, y es que, aun cuando el Estado realice actividades legítimas dentro de sus funciones, pero con este actuar menoscabe o afecte el derecho de los asociados, el Estado deberá realizar una indemnización, esto gracias a la teoría de las cargas públicas, y a la no desproporción de las mismas, que permite inferir que se vulnere el principio de igualdad entre la sociedad, y para esto se ha entendido por parte del Consejo de Estado.

Esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que 'superan la normal tolerancia' o que impiden el goce normal y adecuado del

derecho. Específicamente en cuanto a la razonabilidad de la limitación del derecho a la propiedad y al límite de la obligación del titular a soportar dicha restricción en el ejercicio de su derecho, para efectos de establecer el deber de los particulares de reparar los daños. En consecuencia, para efectos del caso objeto de estudio, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto al derecho a la propiedad que ha sido restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo. La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos (Consejo de Estado, 2005, p 23).

A partir de estas reglas jurisprudenciales, se ha desarrollado un postulado adicional sobre la responsabilidad del Estado, o mejor aún, sobre una institución del Estado, que ha venido siendo inmune a todo tipo de responsabilidad ya que surge como un cuerpo colegiado que garantiza la intervención del pueblo en la toma de decisiones del Estado, institución que se encarga de realizar la legislación interna de cada Estado y que recibe el nombre de “*Parlamento*” en la teoría constitucional o en nuestro caso particular el de “*Congreso*”, la que conforme al artículo 114 de la Constitución Política de Colombia cuenta con las siguientes funciones:

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 Representante (Constitución Política de Colombia [C.P.C], 1991, art.114).

De estas funciones, para el caso de la presente investigación, resulta de vital importancia la segunda función de las mencionadas en precedencia, ya que desde

hace muy poco tiempo se ha cuestionado si dentro de esta función existe algún tipo de responsabilidad que logre comprometer patrimonialmente al Estado.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que el Consejo de Estado ha referido sobre el particular lo siguiente:

La jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la Sección Tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa, como se sostuvo en la sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la Sala Plena, y en la sentencias de 26 de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003, providencias a las que previamente se hizo referencia (Sentencia C- 038 de 2006, p.43).

De igual manera, el órgano de cierre constitucional en la (sentencia C-038 de 2006), dio la posibilidad de generar responsabilidad por hechos del legislador, en los siguientes términos:

Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo 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. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución (Sentencia C- 038 de 2006, p.20).

Del recuento jurisprudencial, se colige que en los eventos en que el legislador puede irrogar daños a un particular, es procedente la declaratoria de responsabilidad del Estado si sus elementos constitutivos (daño antijurídico e imputación) están demostrados dentro del plenario (Sentencia C- 038 de 2006, p.20).

Al respecto, la Sala considera imposible acoger tesis atinentes a la irresponsabilidad del Estado legislador, puesto que éste como cualquier otra autoridad pública está llamado a respetar los principios que irradian el ordenamiento jurídico y a responder, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, por aquellos daños antijurídicos imputables a su actuar (Consejo de Estado, 2013, p 38).

Sin embargo, la misma jurisprudencia establece los tres escenarios donde se puede presentar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador:

Responsabilidad que a criterio de la Sala, presenta tres eventos, como se expresó en párrafos precedentes, esto es, (i) porque el mismo ordenamiento así lo indica, (ii) porque la norma pese a ser constitucional irroga un daño, o (iii) porque la norma es declarada inexecutable por el tribunal constitucional (Consejo de Estado, 2013, p 38).

Ahora bien, dichos postulados los desarrolla de la siguiente manera:

(I) Frente a la primera de las hipótesis planteadas no es del caso realizar mayores disquisiciones a las ya expuestas puesto que son las normas constitucionales o legales las que, al momento de limitar un derecho o una situación jurídica consolidada, estipulan una reparación en relación con aquel o aquellos que, previamente, se sabe, sufrían un perjuicio de carácter patrimonial, que por ser diferente al de los demás ciudadanos, no deben soportar y por tanto tienen derecho a percibir la indemnización estipulada por la norma, sin necesidad siquiera de acudir a un juicio de responsabilidad ante las autoridades judiciales competentes (Consejo de Estado, 2013, p 38).

Frente a la segunda y tercera hipótesis establece:

(II) Ahora bien, en relación con el segundo supuesto – responsabilidad por una ley constitucional –, la Sala considera, en concordancia con los antecedentes jurisprudenciales reseñados, que la fuente de la obligación recae en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, puesto que, no obstante la validez de la norma – ora porque la Corte Constitucional así lo haya declarado, ya sea porque no se haya presentado demanda de inconstitucionalidad en su contra – hay situaciones que implican mayores cargas frente a un grupo de ciudadanos que los mismos no están en el deber jurídico de soportar puesto que se vulneraría su derecho a la igualdad, postulado de carácter esencial en un Estado social de derecho como el nuestro. En este caso, la responsabilidad entonces se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel

derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, que pueden causar daños a los administrados que rompen la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados. (III) El tercer evento, y al cual reviste mayor importancia en el sub judice puesto que es el que sustenta las pretensiones de la parte actora, es cuando la obligación de responder se genera por una norma declarada inconstitucional por la autoridad competente para ello (Consejo de Estado, 2013, p 38).

Frente al caso de la declaratoria de inexecutable se estableció lo siguiente:

Conforme al artículo 45 de la Ley 270 de 1996, LEAJ, las sentencias que profiere la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia futuro excepto que la misma Corporación resuelva lo contrario. Así las cosas, la regla general es que los pronunciamientos de constitucionalidad de una norma tengan efectos ex nunc y solo, de manera excepcional y cuando la Corte expresamente lo señale sus decisiones surtirán efectos retroactivos, ex tunc. En este último evento, será entonces el mismo tribunal constitucional quien deberá determinar las consecuencias de retrotraer las cosas al Estado anterior a la vigencia de la norma inexecutable y si es del caso fijar las indemnizaciones a que haya lugar. Sin embargo, si el juez constitucional guarda silencio en este aspecto, la Sala considera que nada obsta para que sea el juez contencioso administrativo quien establezca las repercusiones que el retiro retroactivo del precepto retirado del ordenamiento pueda tener frente a aquellos afectados por la norma y ordenar las reparaciones pertinentes. En el acontecimiento planteado, el título de imputación será el de la falla de servicio, sin que haya lugar a distinguir entre la inexecutable por vicios de fondo o de procedimiento, puesto que el legislador no cumplió a cabalidad su tarea ora porque vulneró el ordenamiento supra legal y desconoció principios o preceptos de carácter constitucional, ya sea porque se inobservaron las normas propias que rigen el proceso de adopción de las leyes, y la prueba

de la misma no será otra que la sentencia mediante la cual se declara a la norma inconstitucional (Consejo de Estado, 2013, p 40).

Es este punto es importante hacer referencia a una situación particular, y esta es cuando el presidente de la República mediante facultades extraordinarias emite sus decretos con fuerza de ley, y para ello la misma entidad estableció, que aun a la máxima autoridad del nivel ejecutivo le es obligatorio respetar los postulados, valores y principios consagrados en la Constitución Política.

Se itera pues, que al Congreso de la República o al presidente, cuando revestido de facultades extraordinarias tiene estas competencias, como a cualquier otra autoridad pública les corresponde respetar la Constitución al ejercer las funciones para las cuales fueron investidas y si en desarrollo de las mismas faltan a ese deber, deben entonces indemnizar los perjuicios irrogados a los administrados.

Ahora bien, bajo la regla general planteada, esto es, que las decisiones de la Corte Constitucional frente a la inexecutable de disposiciones sujetas a su control surten efectos a futuro, la responsabilidad se configurará, en principio, solo en aquellos casos en que el daño sea causado por el retiro de la norma del ordenamiento jurídico y este sea antijurídico. No obstante, a juicio de la Sala también es posible que exista responsabilidad por daños causados en el intervalo que la norma estuvo vigente, desde su expedición hasta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, por las mismas razones puestas a consideración en el acápite en que se hizo referencia a la responsabilidad del Estado legislador por las normas exequibles, y el título de imputación será nuevamente el del daño especial (Consejo de Estado, 2013, p 40).

Como se puede observar existen algunos pronunciamientos por parte de los órganos de cierre jurisdiccional, que nos indica siquiera la forma mediante la cual en algunas actuaciones se ha dado respuesta al conflicto aquí planteado, sin embargo, tal y como se ha demostrado siempre partimos de postulados idealistas

dados por la teoría constitucionalista, sobre la función del ente legislador, como un principio de representación y de imagen popular ante el Estado.

Responsabilidad del Estado entendida por la Constitución Nacional como la obligación de asumir con su patrimonio los daños causados desde el punto de vista objetivo (actos de poder del Estado) y subjetivo (omisión, falta o menoscabo a una obligación estatal), entendiendo el daño como toda lesión al interés legítimo patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar y que carece de causales de justificación legal o de derecho.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

Un Grado De Imputación Objetiva O Subjetiva

CAPITULO I El daño y sus títulos de imputación

Para poder desarrollar de manera adecuada el presente trabajo de investigación, y para contextualizar, es importante retomar los postulados básicos de la responsabilidad del Estado, es por eso que en el presente capítulo se realizará una revisión de los conceptos de daño, perjuicio, de los elementos de la responsabilidad y de los diferentes grados de imputación, pues esto nos ubicará de manera asertiva en la discusión de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

1. Contextualización del concepto de daño desde la perspectiva doctrinal

Lo primero que debemos aclarar es que el daño por sí solo no es una figura jurídica independiente, ya que, para poder hablar jurídicamente de daño, debemos recurrir a los postulados de la responsabilidad.

En tal sentido, la responsabilidad por si sola también encarna una multiplicidad de acepciones que denotan una problemática y que podrían servir de sustento para un trabajo de igual magnitud, pero atendiendo que para este momento nos enfocamos al estudio del daño, solo realizaremos la descripción normalmente aceptada dentro de la legislación colombiana, en consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad desde el punto de vista civil según Javier Tamayo Jaramillo (2014), es “la responsabilidad civil es una consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros” (p.8).

Desde la anterior perspectiva, ya se deslumbra que el daño es una consecuencia de un actuar, pero al respecto ¿que se ha dicho por parte de la doctrina? Veamos entonces la definición de algunos autores;

Para el mismo Javier Tamayo Jaramillo (2014), “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial” (p.48)

Juan Carlos Henao (1998) cita a al profesor Francis – Paul Benoit quien afirma que “el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (p.78)

Para Rodrigo Escobar Gil (2015) en el lenguaje corriente la expresión daño significa todo detrimento menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza (p.144).

En este entendido, y con sustento en los autores mencionados, el daño es un hecho que genera una afectación, esta afectación puede ser personal o material y a la vez pueden ser concomitantes, y resulta ser el primer elemento a estudiar por parte del operador judicial, al momento de tomar una decisión en lo que refiere a la responsabilidad.

2. Desde la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha presentado su postura entre otras oportunidades en la sentencia C-1149 de 2001, en donde aclaró que el daño tiene dos connotaciones, entre las cuales se encuentra el daño público y el daño particular, al particular enfatizó:

(...)

El daño, es el efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación:
a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b)

El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales (sentencia C 1149 de 2001).

De igual manera estableció en la sentencia C 052 de 2012:

(...)

Según encuentra la Corte, la noción de daño comprende entonces incluso eventos en los que un determinado sujeto resulta personalmente afectado como resultado de hechos u acciones que directamente hubieren recaído sobre otras personas, lo que claramente permite que a su abrigo se admita como víctimas a los familiares de los directamente lesionados (sentencia C 052 de 2012).

Ahora bien, dentro de la misma jurisprudencia constitucional, se ha hecho una clasificación del daño, la cual resulta de revisar las causas que produce el mencionado daño, ya que para la Corte Constitucional este criterio sirve como regla de adjudicación para las posibles acciones que el ciudadano tiene para la defensa de sus derechos, en consecuencia, mediante la sentencia T-325-de 2002 la Corte afirmó:

Nos encontramos ante la presencia de tres (3) tipos de daño que es conveniente diferenciar, porque ante ellos, los mecanismos de protección son distintos: El daño individual afecta derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y fundamentales de un solo individuo identificado o identificable; el daño de grupo afecta a una porción de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable; y el daño colectivo no afecta directamente a un individuo o a un grupo de individuos, pero si a una comunidad determinada o determinable. Estas tres clases de daño pueden darse de manera conjunta o separadamente (sentencia T-325-de 2002. P.26).

De estas definiciones, desarrolladas en el ámbito jurisprudencial se puede deducir, que el daño, es el, que una persona que genera algún tipo de menoscabo o agresión a otro se encuentra en la obligación jurídica de resarcir dicha afectación, para su configuración dogmática y para su exigibilidad jurídica, no es más que necesario comprobar la afectación y el nexo causal con quien realizó el mencionado perjuicio.

3. El concepto de daño antijurídico

Sea lo primero señalar que el concepto de daño antijurídico nace de la Constitución Política de Colombia de 1991, cuando los constituyentes dentro de su margen de actuar pretendieron generar de manera directa la responsabilidad del Estado, en consecuencia, de los términos estudiados en el presente escrito, el único que tiene un sustento constitucional es este.

De esta manera, la definición de daño antijurídico a la que se refiere el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, resulta ser uno de los grandes inconvenientes, en lo referente a la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, ya que la misma constituyente olvidó, o mejor, no atinó a realizar un acercamiento constitucional, del cual los magistrados, jueces y litigantes del país obtuvieren un desarrollo o una mejor precisión al momento de citar el referido concepto, es así como algunos doctrinantes han manifestado que el Daño Antijurídico es un concepto normativo parcialmente indeterminado cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el legislador (GIL, E. 1999). No obstante, a través de la jurisprudencia constitucional dicha noción ha sido contextualizado con un contenido normativo particular, mediante una interpretación sistemática e histórica de la disposición constitucional, que puede ser revisada, entre otras, en la Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la cual a la letra establece:

Entre los elementos históricos y originarios de análisis, la Corte encontró que la Asamblea Nacional Constituyente tomó en consideración para la noción de daño antijurídico propuesta en nuestra constitución, la expresión del artículo 106 de la Constitución española que consagraba el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufrieran en sus bienes y derechos, por parte del Estado, salvo fuerza mayor o el funcionamiento de los servicios públicos. Siguiendo la doctrina española, la noción del daño antijurídico se entendió en nuestro contexto, como el perjuicio que le es generado a una persona y que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, siendo la indemnización correspondiente, no el resultado de un mecanismo sancionatorio impuesto en contra del "agente estatal" que causa el daño, sino como un reconocimiento dirigido a lograr la adecuada reparación de la víctima.

Bajo tales supuestos, la Corte reconoció que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado de la que habla el artículo 90 de nuestra constitución, funda sus bases particularmente en la noción de daño antijurídico imputable al Estado (Sentencia C-957 de 2014.p.16)

De esta forma, la misma corporación estableció cuales son los elementos de la antijuricidad del daño, y en la precitada sentencia mencionó:

La doctrina revisada por esta Corporación ha sostenido, que el daño en mención, para que genere la responsabilidad patrimonial del Estado a la que se alude el artículo 90 C.P., supone en primer lugar: (i) que el daño exista; (ii) que sea imputable a la Administración, y (iii) que sea antijurídico. Se denomina en consecuencia daño "antijurídico", no porque la conducta del autor de la lesión sea contraria al Derecho, sino porque el sujeto que sufre el daño, - esto es, el asociado, la persona o la víctima del Estado-, "no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio que se le ha infringido, creándose así una lesión injusta a su patrimonio "que debe ser indemnizada.

La antijuricidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, -caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente-, o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar.

En ese orden de ideas, el daño antijurídico se ha descrito por la jurisprudencia contencioso-administrativa, como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar (Sentencia C-957 de 2014.p.17)

De igual manera, se aclaró que no existe responsabilidad del Estado cuando la carga impuesta por el Estado sea válida y sea en búsqueda del bien general, en tal oportunidad la Corte manifestó:

No obstante, un daño no es antijurídico y por consiguiente no se derivará de él responsabilidad patrimonial por parte del Estado, cuando se trata de una lesión o carga que los asociados están obligados a aceptar, teniendo en cuenta que "puede existir un daño que (...) constituya (...) una molestia, [pero] que, en beneficio del interés general, halle justificación constitucional". En otras palabras, no toda lesión o daño resulta antijurídico, ni debe ser reparado por el Estado. Con todo, para determinar si un daño es o no antijurídico, deben revisarse en cada caso sus circunstancias, en especial, si existen causales de justificación para la Administración que admitan que la persona, en virtud de normas legales u otros factores, tiene el deber de soportar el daño que se le infringió, según corresponda. Como lo recuerda la sentencia C-965 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil:

Cuando el daño no reviste el carácter de antijurídico, en razón a que recae sobre un interés que no goza de la tutela del derecho o que el sujeto pasivo

tiene el deber jurídico de soportar en detrimento de su patrimonio, no se configura la responsabilidad del Estado y éste no se obliga a pagar una indemnización.

De cualquier modo, la concepción general del daño antijurídico a partir de la idea de que éste se configura cuando quien lo sufre no estaba obligado a soportarlo, constituye entonces según esta Corporación, otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la actividad de la administración estatal debe respetar la igualdad frente a las cargas públicas impuestas por el Estado (Art. 13 C.P.) (Sentencia C-957 de 2014.p.17).

De la lectura de estos extractos jurisprudenciales, podemos afirmar que la configuración del daño antijurídico requiere como sustento de la responsabilidad del Estado, que este no recaiga en los daños que normalmente debe soportar un ciudadano, y adicional a que este no debe ser superior o diferente cuando se produzca, pues estos elementos adicionales permiten identificar este concepto del daño simple, sin embargo, es importante realizar una precisión frente a los requerimientos realizados para iniciar el medio control de reparación directa, que resulta ser el medio judicial idóneo para solicitar la reparación del daño antijurídico ante la administración.

Al respecto el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, menciona:

“Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del **daño** sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad

pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación **del daño** estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A]. 2011. Art 140). (Negrillas y subrayas fueras del texto original)

Como se observa, el mencionado artículo no reconoce diferencia entre el concepto de daño antijurídico, y el de simple daño, generando de esta manera una confusión de rango legal, llevando al error al operador judicial, ya que según este artículo no es necesario acreditar la antijuricidad del daño, lo cual genera de manera directa una afectación de quien pretenda defender sus intereses ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a pesar, que para el inicio de este medio de control requiera un apoderado judicial, no resulta de fácil claridad las características tendientes a demostrar dentro del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Como consecuencia de lo anterior, se puede generar una inadmisión de la demanda o en el peor de los casos, un fallo inhibitorio dentro del proceso, situación que de manera efectiva vulnera el principio de seguridad jurídica.

4. El daño antijurídico desde la Constitución de 1991 desde la perspectiva del Consejo de Estado

El Consejo de Estado frente a este concepto mencionó en el Expediente: 05001232500019942279 01 Radicación interna No.: 21.861, consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, lo siguiente:

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria (Consejo de Estado, 2012, p.30).

Continúa la precitada jurisprudencia, haciendo referencia a los alcances del concepto de antijuricidad, y sus fines, al respecto indica:

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que aquél no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima. (...) el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óptico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446

de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga (Consejo de Estado, 2012, p.30).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en identificar y mantener esta línea jurisprudencial, en el entendido que el daño debe ser antijurídico, y esta categorización obliga a que no se esté bajo el amparo de las cargas públicas y el deber de soportar estas, razón por la cual no se realizara una cita más extensa sobre el tema.

5. Noción de perjuicio

El término perjuicio dentro de nuestro ordenamiento jurídico ha sido utilizado de manera indiscriminada como sinónimo de “daño” sin embargo algunos tratadistas han inferido y mencionado diferencias sustanciales con las cuales se desvirtúa esta relación gramatical, y para el presente trabajo académico es importante traer a colación dichas diferencias.

De esta forma, el Profesor Juan Carlos Henao cita en su libro el daño, al profesor Francis – Paul Benoit quien afirma que “el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen de las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada (Henao, 1998).

Las ambigüedades de estos conceptos han hecho que el mismo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, desconozca la diferencia de estos, y mencione de manera genérica e indiscriminada como sinónimos los mismos, incluso desconociendo de manera directa la simple aseveración hecha en líneas precedentes, a manera de ejemplo el 14 de febrero de 1992, expediente. 6477, demandante: Mariana Barazzuti, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó:

Se habla sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazzuti por lo que en la demanda se denomina "daños fisiológicos", los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo (Consejo de Estado, 1992, p.14).

De este desconocimiento de igual manera se han apoderado los diferentes Tribunales del país pues en sentencia del 3 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, exp. 25878, se mencionó lo siguiente:

El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido "al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez..." b. Los "perjuicios estéticos" y el "daño corporal especial" debido también a la invalidez total que sufre. La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el "préjudice d'agrément" de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del ser humano: a.- El

moral subjetivo o "Pretium doloris", trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los "placeres de la vida", de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...

(...) La parálisis de los miembros inferiores (paraplejia) que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares. La fijación de la indemnización de este rubro depende mucho del criterio prudente del juez, quien debe tener también en cuenta para el efecto la profesión y la edad del lesionado, las privaciones que sufre a raíz de la lesión, etc. Se condenará, en consecuencia, a la demandada, a cubrir al demandante, una suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino (Tribunal Administrativo de Antioquia, 1992, p.18).

Posteriormente, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, expediente. 7428, la Sección Tercera del Consejo de Estado, indicó:

El perjuicio Fisiológico o a la vida de relación, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...otras actividades vitales, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia... A quienes sufren pérdidas irremediabiles es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio (Consejo de Estado, 1993, p.3).

Sin embargo, llama la atención como el Consejo de Estado adoptando las líneas de responsabilidad francesa, desconoce la diferencia citada entre daño y

perjuicio, y en fallo de 07 de abril de 2010 retoma lo mencionado en la decisión de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, sostuvo:

A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que "rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación.

En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política (Consejo de Estado, 2010, p.57).

A continuación, en este mismo fallo se menciona la jurisprudencia francesa:

En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que [p]para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que, si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante (Consejo de Estado, 2010, p.57).

Ahora bien, para realizar una mejor contextualización, el Consejo de Estado precisa cuando se afecta la condición de existencia, y de esta forma aclara:

Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece.

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d'existence (Navia Arroyo, 2000: 78) pueden entenderse como una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos o las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral.

El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo

alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario (Consejo de Estado, 2010, p.57). (Negrillas y cursivas del original - subrayado adicional).

Como se puede observar, el Consejo de Estado como máximo órgano de cierre no realiza ninguna distinción entre los conceptos precitados, generando ambigüedad y desconcierto teórico frente a los mismos, pues tal y como se ha señalado el hecho de utilizar el término “daño en la vida en relación” de entrada genera la perspectiva de creer que el daño es el perjuicio, cuando etimológicamente debería utilizarse el termino perjuicio en la vida en relación, pues lo que se estudia en esta referencia, son las consecuencias del daño, es decir las afectaciones posteriores a este, que generan la imposibilidad de desarrollar a la víctima una vida similar a la que tenía antes de la ocurrencia del daño, esta discusión puede parecer simple y sin trascendencia, pero es importante que el lenguaje utilizado en el mundo jurídico sea preciso.

6. Diferencias conceptuales entre daño, daño antijurídico y perjuicio

Basta decir que de manera unánime en la legislación colombiana se irrogan vastas diferencias entre daño y perjuicio, ya que se entiende por daño la afectación a una persona o a un bien, y el perjuicio se entiende como la consecuencia del daño, en este sentido, el perjuicio resulta ser de índole subjetivo ya que el menoscabo o detrimento causado con el daño, dependerá de la víctima sobre la cual recae.

¿Pero un perjuicio genera responsabilidad extracontractual del Estado? Si acudimos a la diferenciación antes planteada, podemos afirmar categóricamente que no, ya que el perjuicio es la causa del daño, pero conforme a las precitadas sentencias del Consejo de Estado, podemos afirmar que, al no existir unas diferencias categóricas de los conceptos, el perjuicio genera responsabilidad extracontractual del Estado.

Pero, ahora bien, entre el concepto de daño y daño antijurídico también existen diferencias puntuales, y es que la antijuricidad del daño es de vital importancia para dar aplicación al artículo 90 constitucional, ya que, de no ser así, no es posible irrogar en el Estado alguna carga de orden indemnizatorio.

Es así como el daño antijurídico, requiere para su configuración que quien lo sufre, no debe tener la carga legal de soportarlo, elemento este único de la responsabilidad frente al Estado, ya que como se mencionó en líneas precedentes, en lo referente al daño, no se requiere dicho análisis, ya que simplemente se enfoca en el elemento objetivo de que quien causa el daño está en la obligación de indemnizarlo.

7. Responsabilidad del Estado antes de la Constitución Política de 1991

Históricamente, la idea de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país y su paulatina consolidación como institución en el ordenamiento jurídico colombiano, fue el resultado de la acuciosa labor hermenéutica de los jueces. En particular, de la Corte Suprema de Justicia en sus orígenes, y más adelante, del Consejo de Estado” (sentencia C 957/2014, 2014).

Tal y como se ha mencionado en las líneas precedentes, y de igual manera lo ha reiterado y destacado la jurisprudencia constitucional en múltiples oportunidades, los fundamentos de este tipo de responsabilidad se extractaron

originalmente de normas del Código Civil. “Se entendió entonces que la responsabilidad patrimonial del Estado era un mecanismo de protección para los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual podía ocasionar daños, que requerían una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares” (sentencia C 957 de 2014).

Así las cosas, la historia nos muestra como el órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional esclarece este asunto, ahora bien con providencia del 22 de octubre de 1896, la Corte Suprema de Justicia sostuvo originariamente, que:

a pesar de que las entidades estatales eran personas jurídicas, y por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos (sentencia C-644, 2011, p 45)

Así las cosas, antes de la reforma constitucional de 1991 se imputaba responsabilidad del Estado por su propio actuar ya que se tenía como idea principal la imposibilidad de desligar las acciones del autor con la función administrativa, pero como veremos a continuación esta postura se ha modificado en los diferentes pronunciamientos de los órganos de cierre y conllevan un estudio desde otras perspectivas.

8. Grados de imputación

8.1. Imputación Objetiva

Tal y como se mencionó anteriormente, la responsabilidad antes de la constitución de 1991, tenía en cuenta una serie de parámetros completamente diferentes, pero el concepto de imputación objetiva como adecuación lingüística fue dada con posterioridad a la entrada en vigencia del proceso constituyente

colombiano de 1991, y con sustento en la creciente utilización del término dado por los grandes juristas especializados en derecho penal del momento, razón por la cual, antes del texto constitución de 1991 no es posible ubicar de manera directa este concepto en la vasta jurisprudencia de ese entonces, de la Corte Suprema de Justicia, quien era el ente jurisdiccional encargado de resolver las controversias jurídicas concernientes a la administración. Sin embargo, esta afirmación no implica que el concepto moderno de responsabilidad objetiva no existiera o no se hubiera desarrollado, ya que desde antes de la nueva carta constitucional se hablaba de los diferentes elementos de responsabilidad objetiva.

En este entendido antes de la Constitución de 1991, existía poca claridad sobre la responsabilidad del Estado, y por el contrario las diferentes posturas sostenidas por la Corte Suprema de Justicia hacían referencia a la defensa integral de los derechos del mismo Estado, razón por la cual, si se revisa a profundidad la jurisprudencia sobre este tema en particular se observará que por vía jurisprudencial lo que existía era un respaldo a la irresponsabilidad del Estado, y solo era decretada la responsabilidad cuando dentro del proceso legislativo existía una norma o ley que impusiera dicha obligación al Estado.

Solo hasta unos años más tarde, es decir en el año 1960, se llega a la estructuración de los elementos de la responsabilidad del Estado, cuando dentro de la Corte se pretendió dar aplicación a la denominada responsabilidad indirecta consagrada en el Código Civil; dicha teoría consagra la responsabilidad por el hecho de un tercero o ajeno, y la responsabilidad por el hecho de ese entonces de los sirvientes o criados.

Respecto de este punto se pretendió aplicar la responsabilidad del Estado, cuando este último no generaba ningún control sobre sus agentes, y con el actuar de los miembros del Estado, se ocasionará un daño a un particular.

Ahora bien, esta postura no resultó ser de mucho apropiado en la literatura jurídica y por tanto fue rápidamente modificada en los años 60, por la teoría organicista, y de esta manera a través de la sentencia de la Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación, de fecha 30 de junio de 1962 magistrado ponente José

J Gómez, se impuso la necesidad de demostrar los elementos de la responsabilidad civil al demandante, hecho este que inicia la estructura natural de la responsabilidad del Estado, en nuestro territorio, y que inicia el largo camino jurisprudencial y doctrinal de la configuración de este concepto jurídico.

Sin embargo, dicha discusión no fue de fácil disertación, ya que, para la fecha, los juristas más representativos del derecho público coincidieron en determinar y afirmar que la responsabilidad del Estado no podría ser similar o analógica a la responsabilidad civil.

Con posterioridad, y debido a la competencia propia que se le asignó al Consejo de Estado en el año 1964, se inició el gran cambio de la teoría de la responsabilidad en Colombia, y es este órgano jurisdiccional quien utiliza en principio el concepto de responsabilidad a título de falla del servicio, con sustento en la revisión de las diferentes funciones de los servidores públicos en el territorio colombiano, para imputar responsabilidad al Estado colombiano.

Respecto de la responsabilidad objetiva, se puede aducir incipientemente que dicho concepto, entendido como grado de imputación, se utilizó solo hasta el año 1984 cuando el Consejo de Estado a través de la Sección Tercera, en providencia del 02 de febrero de 1984, con ponencia del magistrado Eduardo Suescún, expediente 2744, afirmó que, en los temas de redes de conducción de energía, la responsabilidad del Estado se adecuaba a una teoría objetiva por el concepto denominado riesgo excepcional.

Con posterioridad, y ya con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el paradigma de la responsabilidad cambia por completo, y el Consejo de Estado, a través de la sentencia de fecha 22 de noviembre de 1991, radicado número 6784, Sección Tercera con ponencia del magistrado Julio Cesar Uribe Acosta, modificó la interpretación y la postura que debería tener el Estado frente a los daños que pudiera causar, claro está que esto en gran medida se debe a la entrada en vigencia del artículo 90 superior, que los doctrinantes y la misma jurisprudencia han llamado, clausula general de responsabilidad del Estado". Para ese entonces, mencionó el alto tribunal;

Para la Sala esa perspectiva de manejo probatorio no es de recibo en el caso en comento, pues como ya se dijo en otro aparte de esta providencia, la culpa del centro de imputación jurídica demandado resultó bien probada. Pero, es más: Si la realidad probatoria hubiese sido otra, debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder "... patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor a la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en BORRAR UNA CULPA, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el DAÑO SUFRIDO por el particular (Consejo de Estado, 1991, p.18).

Respecto del reconocimiento de la responsabilidad objetiva de igual manera mencionó los alcances del precitado artículo;

No hay duda de que a partir del texto Constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo OBJETIVA, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la

persona humana y en LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN (Consejo de Estado, 1991, p.19).

Ahora bien, para dar un poco más de claridad para el caso de la imputación objetiva, y tal y como se mencionó en líneas precedentes, esta teoría tiene una fuente primordial que es imposible olvidar, tal es el caso de la doctrina del derecho penal, que para el tema expuesto resulta ser de vital importancia, para afianzar aún más el concepto dado por el Consejo de Estado.

En este sentido trataré de dilucidar de manera muy escueta el pensamiento penal, en un par de líneas, y más precisamente de la teoría expuesta por Gunther Jakobs.

Jakobs en su texto “la imputación objetiva en el derecho penal” plantea la siguiente afirmación:

El mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, si no de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto, por lo tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se no quiere decir nada pues puede que en el contexto el suceso competa a otra persona. En este sentido, y a modo de ejemplo, la producción masiva de automóviles también causa accidentes de tráfico y casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ello, además, de modo perfectamente previsible, pero sin que respondan sin más los productores (Gunther, J 1994)

Como podemos observar, lo que se pretende eliminar de esta postura, hace referencia a la causalidad y al elemento subjetivo del dolo y la culpa, respecto de la responsabilidad, el autor parte de considerar que en la sociedad existen pluralidades de contactos humanos, que pueden generar un sinfín de consecuencias, con elementos jurídicos, éticos o morales. De estas relaciones cada miembro de la sociedad debe contar con una garantía de reparación o de cumplimiento, a estas garantías. Jacobs le adscribe determinadas interacciones

según el contexto, es decir cada persona funge en la sociedad de acuerdo con cometidos de estándares personales o de roles sociales.

Al momento en que la sociedad le impone un rol a un asociado, el portador de este puede ser orientado a partir de patrones generales, sin que sea necesario el conocimiento de las características individuales de la persona que actúa.

En este entendido, el estudio jurídico versa sobre el rol desempeñado por el autor de la conducta, mas no tiene en cuenta el actuar del asociado, sobre este entendido, cuando una persona rompe ese equilibrio social y de confianza, deberá ser sancionado con una pena impuesta por el órgano competente.

De igual manera el autor, afirma que el rol tiene límites, y que estos límites terminan siendo los mismos límites de la responsabilidad, generando de esta manera un carácter permiso entre el rol y la responsabilidad (Gunther, J 1994).

Dentro del derecho penal se van a manejar, según esta teoría 4 instituciones dogmáticas de la imputación objetiva, y que el autor determinó de la siguiente manera;

- ✓ El riesgo permitido
- ✓ El principio de confianza
- ✓ Prohibición de regreso
- ✓ Competencia de la víctima

Es importante hacer claridad que, de las instituciones mencionadas, fueron extraídas para el derecho público la teoría del riesgo permitido y del principio de confianza.

De esta forma, la postura de la imputación objetiva en temas de responsabilidad del Estado ha sido incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, y es gracias a esta serie de fundamentos doctrinarios que hoy se erigen los fallos en el Consejo de Estado incorporando nuevos títulos de imputación. Sin embargo, hoy en día dentro de esta teoría la misma jurisprudencia ha incorporado una serie de subelementos, que desarrollan aún más la imputación del daño al Estado a título de responsabilidad objetiva.

8.1.1. Situaciones en las Cuales se Aplica la responsabilidad Objetiva al Estado

Como perfeccionamiento del título de imputación objetiva, la jurisprudencia colombiana ha desarrollado unos criterios en las cuales logra desplegar aún más rápido este título de imputación. Para estos efectos dichas instituciones son:

- ✓ Teoría el daño especial
- ✓ Teoría del riesgo excepcional
- ✓ Responsabilidad por trabajos públicos
- ✓ Responsabilidad por almacenaje

En este acápite me permitiré dar a conocer las posturas del Consejo de Estado en cada uno de estos criterios de aplicación de la imputación objetiva.

8.1.2. Teoría del Daño Especial

“El daño especial es un título de imputación objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado, que se origina siempre en la gestión que de los servicios públicos le corresponde y a pesar de la legalidad total de su actuación, el Estado produce a un particular un daño, especial, considerable, que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar para el cumplimiento de los fines del Estado” (Serrano, 2017, p.367).

Respecto a esta teoría ha mencionado el Consejo de Estado:

La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobre - pasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, se acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución,

cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Consejo de Estado, 1995, p 52).

De igual manera, esta misma sentencia establece los requisitos esenciales para que proceda este tipo de responsabilidad objetiva, en el texto de la sentencia se definió:

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual, demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso el, que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen (Consejo de Estado, 1995, p 54).

8.1.3. Riesgo Excepcional

La definición de este criterio lo podemos encontrar en la misma jurisprudencia del Consejo de Estado el cual desde el año 1984 definió de manera clara lo que resulta inherente a este criterio de imputación, en su momento mencionó:

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. 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 (Consejo de Estado, 1984, p 4).

Más recientemente, esa Corporación definió de una mejor manera este criterio y dio de manera abierta las formas en las cuales se puede causar el riesgo excepcional por parte del Estado, en este entonces mencionó el Consejo de Estado lo siguiente:

El título jurídico de imputación consistente en el riesgo creado o riesgo excepcional deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aun cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia. En ese orden de ideas, se sostiene que pueden existir tres modalidades de responsabilidad por riesgo: Responsabilidad por

riesgo-peligro. Es la asociada tradicionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con la idea de “actividades peligrosas” y, dentro de ella, quedan comprendidos tres supuestos diferenciables: Responsabilidad derivada del uso de objetos peligrosos, entre los cuales puede referirse (i) a las sustancias peligrosas -verbigracia, químicos o explosivos-; (ii) a instrumentos o artefactos peligrosos -caso de las armas de fuego o los vehículos automotores- o (iii) a las instalaciones peligrosas -como las redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario- Responsabilidad derivada del uso de métodos peligrosos (Consejo de Estado, 2008, p 8).

En este sentido podemos concluir que el emprendimiento o el ejercicio de una actividad riesgosa, genera responsabilidad objetiva, toda vez que dicha actividad genera un provecho para quien la inicia o para quien la ejerce. Y más cuando es el propio Estado quien realiza la actividad, se debe garantizar que los asociados no sufran menoscabo o detrimento de sus derechos.

8.1.4 Responsabilidad por Trabajos Públicos

Esta figura traída de la jurisprudencia francesa ha sido establecida en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1956, cuando el Consejo de Estado estableció los requisitos para que operara esta figura. En ese entonces mencionó el alto tribunal:

Que estos (trabajos públicos) sean efectuados por cuenta del ESTADO, ya sea directa o indirectamente, lo que vale decir en nuestro país, por cuenta de la nación, los departamentos, los municipios y en general, por entidad oficial

Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social

Que se realice en inmuebles

Que el daño recaiga sobre una propiedad raíz que entre este y el trabajo público exista una relación de causa y efecto (Consejo de Estado, 2008, p 3).

Bajo este entendido un trabajo público en temas de responsabilidad del Estado, hace referencia a la construcción o conservación de un inmueble, necesariamente ejecutado por un organismo del Estado y bajo el imperio del interés público o general.

8.1.5. Responsabilidad por Almacenaje

La responsabilidad por almacenaje nace por un mandato jurídico y procede por la pérdida o disminución de bienes que, por obligación legal, deben permanecer en bodegas oficiales mientras se surten trámites de naturaleza de supervisión, vigilancia, control y autorización y demás actuaciones propias del Estado en temas de nacionalización o de exportación.

Frente a este tema la jurisprudencia ha mencionado:

De tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la responsabilidad del Estado, por almacenaje de mercancías, es de naturaleza extracontractual. Así, por ejemplo, mediante sentencia de 14 de julio de 1988, se dijo lo siguiente:

“La norma transcrita [D.L. 630/42, art. 2º] es clara en cuanto a la índole de esa responsabilidad y despeja las dudas suscitadas por algunos fallos de esta jurisdicción que la acercan a la responsabilidad contractual derivada de un contrato de depósito necesario; en un esfuerzo innecesario de privatización.

El hecho de que para facilitar los trámites de exportación e importación la mercancía deba ingresar forzosamente a una bodega oficial o autorizada, no crea una relación contractual de depósito entre la entidad pública y la persona interesada en la misma, ni tampoco significa que la situación jurídica deba gobernarse por el derecho privado (Consejo de Estado, 2011, p 28).

Respecto de la guarda y custodia y su diferencia respecto del código civil manifiesta:

“Esa relación de derecho público de guarda o custodia temporal impuesta por la ley tiene fines diferentes a los que en el Código Civil justifican la existencia del depósito necesario. Mientras que el ingreso de la mercancía a la bodega oficial lo impone la ley como requisito para hacer posibles el control y los trámites propios de la importación o exportación de la misma y el cobro de los gravámenes correspondientes, el depósito necesario obedece a una filosofía diferente por cuanto en este, si bien la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante (nota que acercaría las dos figuras), el depósito obedece a un Estado de necesidad como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante (C.C., art. 2260). Y por esta misma razón la responsabilidad contractual del depositario se entenderá hasta la culpa leve (art. 2263 ibídem).

“El importador o exportador que debe llevar su mercancía a la bodega oficial no obedece a ningún Estado de necesidad, sino que simplemente acata un requisito impuesto por la ley de manera general y con fines que van más allá del depósito mismo, pues este no es más que un paso dentro de la operación administrativa de importación o exportación de mercancías.

“Se hacen las precisiones precedentes para entender no solo porqué la responsabilidad por la pérdida de la mercancía guardada en bodegas oficiales con fines de exportación o importación es directa o extracontractual, sino también porque su acción encaja en la de reparación directa, regulada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. Si la acción fuera de carácter contractual, la demanda sería inepta y ni siquiera sería esta la jurisdicción adecuada para decidir la controversia, por derivarse de un contrato de derecho privado carente de cláusula de caducidad”.

También se ha considerado que cuando se trata de bodegaje oficial de mercancías importadas en proceso de legalización, el título de imputación aplicable es objetivo, con la salvedad de que, si la misma se encuentra en situación de abandono, se aplica el régimen de falla en la prestación del servicio ⁽²⁾. En relación con el primer evento, porque así lo establecía el

artículo 55 de la Ley 79 de 1931, modificado por el artículo segundo del Decreto-Ley 630 de 1942 ⁽³⁾ —derogado por el art. 336 del D. 2666/84 ⁽⁴⁾ —, y, después, por vía jurisprudencial (Consejo de Estado, 2011, p 28).

De igual manera en esta sentencia, se incluyó lo dicho por el mismo Consejo de Estado en una sentencia anterior, mediante la cual precisó cuál es el daño que se predica del Estado a título de responsabilidad objetiva, de la siguiente manera:

Sobre el particular, en sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente 12.231, la Sala sostuvo:

“Dicha responsabilidad es objetiva, si la pérdida o deterioro de las mercancías se producía durante el lapso de tiempo fijado por la ley para su trámite de nacionalización o exportación. Así las cosas, al lesionado solamente le bastaba probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y el depósito de los bienes, para tener derecho a ser indemnizado. Y la administración solamente podía exonerarse probando la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero.

“Lo anterior es relevante, por cuanto si la mercancía permanecía en el depósito oficial por un tiempo superior al señalado por la ley o por el director general de aduanas, para adelantar los trámites del caso, se consideraba abandonada a favor de la Nación, lo cual debía declararse mediante acto administrativo, de conformidad con el artículo 61 del Decreto-Ley 2666 de 1984. En estos casos, una reclamación indemnizatoria contra el Estado ya no podía fundamentarse en la responsabilidad objetiva inicial, sino en la demostración por parte del demandante de que el perjuicio se produjo por una falta o falla del servicio público.

“Con fundamento en lo anterior, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

“En el caso sub judice, se encuentra plenamente demostrado que la mercancía, consistente en 36 paletas con 72 rollos de cartón, importada desde los Estados Unidos de América por la firma “Envases Puros de Colombia S.A.”, ingresó, para el desarrollo de los trámites de nacionalización, el 27 de septiembre de 1991 a la bodega 1 que tenía “Colpuertos” en el Puerto Marítimo de Santa Marta. Igualmente, está probado que bajo custodia de la entidad pública demandada dicha mercancía sufrió los efectos de un incendio que se produjo el 5 de diciembre del mismo año, el cual produjo la pérdida parcial de la mercancía.

“Como no consta en el proceso que la autoridad aduanera hubiese declarado el abandono legal de las mercancías, mediante acto administrativo en firme, la entidad demandada está llamada a responder por la pérdida parcial de los bienes, responsabilidad que se torna en objetiva y de la cual no se liberó, toda vez que no demostró que el daño se produjo por la existencia de una causal exonerativa (Consejo de Estado, 2011, p 28).

A manera de conclusión, esta responsabilidad objetiva surge por el actuar fiscalizador del Estado y está orientada por la aplicación de la misma ley.

De esta manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el grado de imputación objetiva y sus criterios de aplicación a los casos de responsabilidad del Estado.

8.2. Imputación Subjetiva

Frente al título de imputación subjetivo ha sido un poco más suave la discusión respecto de sus criterios o de sus instituciones, tal y como lo mencionamos en líneas precedentes, este fue el primer criterio tenido en cuenta para generar responsabilidad patrimonial del Estado, y desde entonces ha sido uniforme su aplicación.

Lo importante de este criterio de imputación subjetiva nace del estudio de la causación del daño, ya que se observa, según la jurisprudencia del Consejo de

Estado, el nacimiento del daño, ya que este debe surgir del incumplimiento de las obligaciones del Estado en la prestación de los servicios públicos, y esta será la razón de su adecuación en los procesos de responsabilidad.

Para definir de una mejor manera este criterio, nos remitimos a la definición hecha por el Consejo de Estado así:

La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da

la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. Con fundamento en lo anterior, debe la Sala establecer si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Administración por una falla en la prestación de los servicios a su cargo, en este caso relativos a la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de una escritura pública realizada de forma fraudulenta y la presunta falta de control por parte de la demandada para advertir tal irregularidad e impedir dicho registro (Consejo de Estado, 2012, p 45).

En otro fallo precisó el mismo Consejo de Estado, lo siguiente:

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad (Consejo de Estado, 2011, p 32).

Frente a los requisitos de este grado de imputación podemos mencionar lo siguiente:

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía (Consejo de Estado, 2011, p 33).

De esta forma podemos concluir que la falla en el servicio se puede dar en tres ocasiones a saber:

- ✓ Cuando se presta el servicio
- ✓ Se presta de forma inadecuada
- ✓ Se presta de manera tardía

Estos criterios serán tenidos en cuenta para la adjudicación de responsabilidad del Estado.

CAPITULO II

EL HECHO DEL LEGISLADOR

Habiendo desarrollado los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado a continuación se presentarán las discusiones doctrinales sobre la responsabilidad del Estado del legislador, y para ello daremos una mirada a los debates dogmáticos, los postulados esgrimidos hasta el momento por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, al igual que estableceremos desde el punto de vista de la filosofía política la concepción del aparato legislativo.

1. Debates dogmáticos

Según Moreno la responsabilidad extracontractual del Estado no solo es un problema jurídico, si no también político ya que presupone la superación de la concepción absolutista del Estado, y se ha desarrollado de manera gradual y progresiva aborda los conceptos básicos de responsabilidad estatal, desde su consagración de la Constitución de 1991, habla de una evolución, y realiza una casuística para un mejor proveer (Moreno, 2016, p. 322).

Para Campos busca de manera clara establecer las situaciones en las cuales el Estado legislador puede responder patrimonialmente por la acción del legislador ordinario, haciendo un enfoque sobre la omisión del legislador (Campos, 2000).

Penagos logra plantear los elementos necesarios para poder hablar jurídicamente del daño antijurídico, en este entendido nos habla del concepto de daño, de la conducta dolosa o culposa y del nexo causal adicional a esto hace referencia a la responsabilidad del legislador por expedir normas inconstitucionales, y adicional a ello menciona la responsabilidad del legislador por la omisión legislativa (Penagos, 1997).

Martínez realiza un análisis de las diferentes formas en las cuales se puede observar el abuso del derecho y concluye que existe abuso del derecho cuando se realiza el ejercicio efectivo del mismo con la intención de causar daño o sin motivo legítimo, o cuando se ejerce de manera mal dirigida, generando de esta manera actos abusivos (Martínez, 2014).

Henao en esta obra realiza un estudio de las diferentes formas de responsabilidad dentro del Estado colombiano, y de los grados de imputación dentro de la misma cláusula general de responsabilidad, sin embargo, hace hincapié en la despreocupación que para él debe tener el derecho público respecto de la clasificación de daño y perjuicio, pues en su entender no son conceptos que se deban desarrollar en esta área del derecho (Henao, 1998).

Para García es importante realizar un análisis histórico de la figura de la comisión legislativa y de la responsabilidad del Estado, partiendo de los antecedentes jurisprudenciales de Francia y España, y aterrizando dicha idea al ordenamiento jurídico colombiano concluyendo que es posible admitir la responsabilidad del Estado, sin necesidad de distinguir o de realizar una segregación o clasificación de esta, atendiendo los temas del poder público (García, 2013).

Para Noriega es posible admitir la responsabilidad del Estado por omisión legislativa que debe ser imputada bajo el grado de responsabilidad objetiva, pues nace de la inobservancia de una función que genera una carga que no debe asumir el asociado (Noriega, 2017).

Las autoras Arenas y Jiménez en esta tesis realizan un estudio histórico de los conceptos utilizados hasta el año 2001 para concretar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, habla de las omisiones legislativas absolutas y de la postura de la Corte Constitucional al respecto, puesto se este órgano se

declara impedida para pronunciarse de fondo cuando esta situación se concreta en el caso de estudio (Arenas Uribe & Jiménez Uzcátegui, 2001).

Para Franco y Góngora es importante realizar un análisis de los controles constitucionales de las leyes, y desarrollan los conceptos generales de la responsabilidad en el Estado colombiano, de igual manera establecen los diferentes tipos de decisiones constitucionales de Alemania, Italia y España para luego realizar un análisis de estas decisiones moduladas en la normatividad colombiana (Franco Rodríguez & Góngora Mera, 2001).

En el artículo desarrollado por Mejía y Navarro se establecen las formas de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, adicional a esto se realiza una reseña histórica sobre esta figura en Europa, en este entendido habla de los aportes realizados por España y Francia sobre este punto (Mejía & Navarro, 2017).

Para Falla es importante en primer lugar exponer los argumentos expuestos por diferentes doctrinantes sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, y de igual manera se expone el concepto de la indemnización expropiatoria (Falla, 1989).

En el artículo desarrollado por Leiva nos esboza parte de la historia de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, realizando un paso por la doctrina española y por la teoría del derecho francés (Leiva, 1989).

2. Imputación en la responsabilidad del Estado legislador.

Respecto de este punto, es importante manifestar que lo primero que se debe abordar es el elemento del daño, ya que este nos permitirá abordar de manera adecuada el grado de imputación en la responsabilidad del Estado.

Sea lo primero señalar que pueden existir pluralidades de daños en la creación de una ley, y que dependen entre otras situaciones de la declaratoria de inexecutable, o de la conocida omisión legislativa. Pero en este trabajo solo se tendrá en cuenta la ley que no se encuentra en estos postulados, si no aquella ley, que regula de manera efectiva una situación, que ha sido expedida bajo los postulados constitucionales y que conserva su validez dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el daño puede surgir cuando la carga impositiva de la ley genera una discriminación respecto de un asociado, creando de esta manera una obligación de mayores proporciones respecto de los demás asociados, situación ésta que ha sido denominada por la jurisprudencia y por la doctrina desequilibrio en las cargas públicas. En este caso, se pueden abordar los elementos del daño de manera directa (personal y cierto), ya que estos resultan ser palpables desde toda óptica.

De otro lado, el daño puede resultar del cambio normativo, contrario al concepto anteriormente mencionado, no existe una carga adicional al asociado, pero el cambio normativo, sí modifica una situación previamente esperada por el asociado del Estado, generando un perjuicio respecto de su interés esperado, Este tipo de daño ha sido abordado por el ordenamiento jurídico, como la vulneración a la confianza legítima, al respecto se puede aclarar estas posturas de la siguiente manera.

2.1. Desequilibrio de las cargas públicas.

En la teoría moderna, se ha establecido que todos los asociados a un Estado son susceptibles de derechos y obligaciones, lo cual supone que en cabeza del Estado deben existir imposiciones a sus administrados, para que este al final, pueda cumplir con su cometido de *“prestación efectiva de los servicios públicos a su cargo, entendidos como el servicio técnico prEstado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una administración pública y bajo un régimen especial*

(Garrido, 1994), el cual incluye no sólo las actividades ejecutivas, sino las actividades legislativas en el sentido amplio de la noción. Sin embargo, este postulado debe ser entendido bajo el imperio del principio de igualdad, es decir, que a pesar de que exista la posibilidad de crear cargas o deberes para sus asociados, éstos deberán estar distribuidas de manera adecuada entre todos ellos

De no ser así, esta situación iría en contravía del gran fin del derecho a “la justicia”, imponiendo de esta manera, una carga más gravosa a una persona, o a un grupo de personas.

De este modo, el primer pronunciamiento por parte del Consejo de Estado en este sentido surge a través de la sentencia del 25 de agosto de 1998, radicado IJ – 001 con ponencia del Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, en el cual resaltó:

En el sub iudice, 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. En síntesis, puede afirmarse que el título de importación 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 Constitución Política (Consejo de Estado, 1998, p.29).

De igual manera, podemos encontrar los fallos de 8 de septiembre de 1998, expediente IJ – 002 Magistrado Ponente Daniel Suarez, la sentencia del Consejo de Estado de 19 de octubre de 2000, radicado 13945 Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque y la sentencia del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2002, radicado 4458, magistrado ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, entre otros.

En este entendido el concepto de desequilibrio de las cargas públicas, nace de los deberes que tiene cada ciudadano dentro del Estado, pero que no pueden ser agravados con ocasión de una manifestación propia del Estado, pues si se comprueba que esta situación desborda el deber de del ciudadano, el Estado se encuentra en la obligación de indemnizar esa carga adicional. Situación esta que de igual manera podría afectar el principio de confianza legítima que se abordara a continuación.

2.2. Vulneración de la confianza legítima

La confianza legítima en términos prácticos nace, de las situaciones en las cuales una persona, llámese natural o jurídica, genera un grado de confianza o de credibilidad en otro, generando de esta manera una expectativa o presunción que deviene de la presunción de buena fe constitucional.

En este sentido el órgano de cierre de lo contencioso administrativo a través de Sentencia 440123330020130005901(48762014) de fecha 1 de septiembre de 2016 afirma que este precepto jurídico funda la tangibilidad del axioma de la seguridad jurídica en el trato del Estado con sus afiliados, y resulta ser un producto lógico del principio de buena fe en toda actuación jurídica.

De esta forma, el Estado legislador podría generar responsabilidad a sus asociados a través de generar desequilibrio de las cargas o de la vulneración de la confianza legítima públicas, pues bien, a manera de ejemplo me permito mencionar cuando puede darse dicha situación:

- Expedición de leyes regresivas en el campo de los derechos
- Expedición de leyes tributarias
- La supresión intempestiva de beneficios y estímulos

El Consejo de Estado ha adoptado esta teoría a través de la sentencia del 27 de marzo de 2014 Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourt expediente 27.364, fallo en el cual mencionó:

El juicio de responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado por la expedición de una ley que afecta la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima es de carácter objetivo pues no se subordina a la existencia previa de una sentencia de inexecutable. Obviamente, cuando una situación así se presenta, el juicio de responsabilidad adquirirá un carácter subjetivo, pues de acuerdo con la jurisprudencia, la declaratoria de inexecutable proferida por la Corte Constitucional “deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública (Consejo de Estado, 2014, p.41).

En este mismo sentido en la sentencia de fecha 29 de julio de 2013 Consejero Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, expediente 27.228, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el trabajo legislativo es un resultado del poder constitucional, y este debe obedecer a un procedimiento especial reglado desde la misma constitución y desarrollado en la ley 5 de 1992, no se puede dar aplicación al concepto de falla del servicio y por tanto es claro que el daño antijurídico causado debe imputarse a título de daño especial, por cuanto es evidente que con ocasión de un acto legal del Estado que ocasiona consecuencias desproporcionadas que rompe con el principio de la igualdad sobre determinadas personas a las que se les exige un sacrificio especial y sobre las cuales el Estado tiene la obligación de indemnizar o retribuir tal sacrificio.

2.3. Responsabilidad del Estado por la ley exequible

La teoría expuesta sobre la responsabilidad del Estado legislador en Colombia no ha sido muy extendida. Sin embargo, aquellos doctrinantes que se atrevieron a enfrentar este tema, asumieron una postura sustentada en el derecho francés, país este que a lo largo de su historia ha marcado diferentes derroteros sobre los temas de responsabilidad, y que a la fecha siguen vigentes en la mayor parte de los Estados, sin discriminar los modelos jurídicos adoptados, ya que sus teorías han sido adoptadas por países donde se practica el modelo jurídico del common law o por otro lados aquellos Estados que hacen parte del civil law o sistema germánico romano.

Sin embargo, es importante resaltar que este tema no era de estudio de los grandes pensadores del siglo XX en Colombia, ya que para la ley y para la jurisprudencia criolla, no existía posibilidad de generar algún tipo de relación entre el daño y una actuación pública legislativa de rango constitucional, fundamentada en la división tripartita del poder.

En este sentido, el Estado legislador gozaba de una inmunidad propia de Estados nacionales socialistas del siglo 18 y 19, que aprovechando la escuela jurídica del positivismo, aseveraban que la ley solo debería contener elementos formales en su formación, elementos que obedecían al procedimiento previamente establecido para la formación de la ley, y el estudio de las competencias funcionales del órgano que las originaba, sin embargo, y a pesar de la corriente francesa ya mencionada, no se realizaba en Colombia un estudio sobre las consecuencias jurídicas de esa ley, que a pesar de cumplir con requisitos formales, otorgaba un desequilibrio entre los asociados.

Una vez revisada esta circunstancia, y por la ardua tarea de la academia se lleva a consideración este fenómeno de responsabilidad a los órganos de cierre, y es así como en el año 1990, se abre la posibilidad de realizar un juicio de responsabilidad sobre el Estado legislador, basado en la igualdad de las cargas públicas.

En efecto, este primer pronunciamiento abre la puerta para que más adelante se dé la posibilidad de argumentar con mayor fuerza la responsabilidad del Estado legislador, sin embargo es importante hacer claridad que lo dicho hasta ahora, se dio con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, ya que este nuevo ordenamiento dio paso a un sin número de posibilidades con la redacción del artículo 90, artículo este que planteó la posibilidad de la responsabilidad del Estado, sin realizar ningún tipo de discriminación frente a los órganos que lo componen.

Ahora bien, bajo el imperio de la Constitución de 1991 se profirió sentencia por parte del Consejo de Estado, dentro del expediente IJ-001 con ponencia del magistrado Rojas Robles V, donde se condenó por primera vez al Estado, bajo la función legislativa. Esta sentencia data del 25 de agosto de 1998 en donde se sanciona al Estado por la incorporación de un tratado internacional a la legislación colombiana. Lo interesante de este fallo radica en la interpretación del Consejo de Estado frente a la posibilidad de condenar responsablemente al Estado de manera objetiva o sin culpa, toda vez que genera un desequilibrio de las cargas públicas que cada persona debe soportar, bajo el imperio del ya mencionado artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

3. La responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha presentado su postura entre otras oportunidades en la sentencia C 038 de 2006, en donde aclaró que la responsabilidad del Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, no realizó ninguna discriminación, que permita distinguir que exista algún ente, entidad o empresa del Estado que se exima de la responsabilidad, al particular enfatizó:

Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la

responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo 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. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución (Sentencia C- 038 de 2006, p.20)

De igual manera, se establece la posibilidad de la declaratoria de responsabilidad por el Estado legislador, aun cuando no se logre establecer que la norma resulta contraria a la Constitución por parte de la Corte Constitucional, señalando al respecto:

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 (Sentencia C- 038 de 2006, p.23).

De otro lado la sentencia precitada, menciona de manera abierta las formas en las cuales se ha configurado la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en el derecho comparado, trayendo a colación la ocurrido en la jurisprudencia francesa y la jurisprudencia española, y proyectando de esta manera la posibilidad de adoptar por parte de la jurisprudencia colombiana alguno de los grados de imputación utilizados por estos Estados, señalando de manera puntual:

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. Así en los primeros casos de declaratoria judicial de responsabilidad del Estado legislador que tuvieron lugar en Francia, el Consejo de Estado sostuvo como fundamento de la responsabilidad la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, mientras en España el Tribunal Supremo acudió inicialmente al fundamento de la violación del principio de confianza legítima, y sólo en fecha reciente reconoció la responsabilidad estatal por causa de leyes inconstitucionales. A continuación, se hará una presentación de los distintos supuestos de responsabilidad y de las principales decisiones jurisprudenciales proferidas en el derecho comparado hasta la fecha (Sentencia C- 038 de 2006, p.24).

Al respecto del caso francés puntualizó:

3.1. El caso francés: La responsabilidad del Estado-legislador por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Como antes se señaló, este es el caso francés, en el cual el origen de la obligación de reparar el daño producido por el Legislador radica en la situación de desigualdad provocada por la norma legal que repercute perjudicialmente sobre un individuo respecto del resto de la colectividad (Sentencia C- 038 de 2006, p.24).

En esta sentencia se nos hace referencia a los primeros fallos de responsabilidad del Estado con sustento en la teoría francesa:

En la primera de las decisiones del Consejo de Estado que reconoce una indemnización de este carácter, el *arrêt La Fleurette*, de 14 de enero de 1938, señala el Consejo de Estado:

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 (Sentencia C- 038 de 2006, p.24).

De igual manera nos muestra como esta decisión fue ratificada por el órgano superior jerárquico:

Esta decisión fue posteriormente ratificada en el arrêt Bovero, de 23 de enero de 1963, en el que se sienta definitivamente la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas como criterio del nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator. En tal sentido dispone esta decisión:

... Tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de propietarios de vivienda ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado (Sentencia C- 038 de 2006, p.25).

En el caso francés, es tenido en cuenta el perjuicio como elemento fundante de la responsabilidad del Estado de la siguiente manera:

De esta manera, 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 material de la víctima. En esta construcción la especialidad del daño es un requisito esencial, porque como afirma ODENT “si el daño causado por la ley fuere general, sería contradictorio

pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad.

La cuestión, por otra parte, ha retomado vigencia a partir de recientes decisiones del Consejo de Estado con ocasión de la expedición y de la aplicación de leyes contrarias al derecho comunitario. Así, en el arrêt Boisdet se declaró la ilegalidad de una serie de decisiones administrativas contrarias al derecho comunitario europeo y se indicó que tal ilegalidad no podía ser amparada por una ley francesa que desconocía el derecho convencional, en este caso la responsabilidad se hizo recaer en la Administración por haber aplicado disposiciones legales nacionales que iban en contravía el derecho comunitario. Mientras en el arrêt Tobacco se declaró la responsabilidad del Estado por la adopción de unos reglamentos administrativos expedidos en virtud de una ley vulneradora de una directiva comunitaria (Sentencia C- 038 de 2006, p.25).

Aunque en estos casos pareciera que se trataba de la tradicional responsabilidad del Estado por la expedición de actos administrativos ilegales, los reglamentos examinados por el Consejo de Estado tenían como fundamento leyes francesas contrarias al derecho comunitario y en ambos casos se decidió en definitiva la inaplicabilidad de la ley por ser contraria a las normas convencionales. De ahí que la doctrina proponga la evolución hacia un régimen objetivo de responsabilidad estatal por la expedición de leyes contrarias al derecho convencional, en el cual el fundamento de la responsabilidad radicaría en la existencia de un perjuicio anormal a la luz del derecho comunitario (Sentencia C- 038 de 2006, p.26).

. Frente al grado de imputación estudiado por la jurisprudencia española mencionó:

3.2. El caso español: La responsabilidad del Estado-legislador por violación de principio de confianza legítima y la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales.

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. Esto es lo que sucedió en el caso de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exentos del pago de derecho aduaneros tras el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (Sentencias Pescanova, Pebsa y Alvamar), en el caso de propietarios de terrenos afectados por la declaración legal de áreas protegidas por interés ambiental (STS de 17 de febrero de 1998), o en el caso de ciertas empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectados por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos (sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998) (Sentencia C- 038 de 2006, p.26).

Teniendo en cuenta, que la responsabilidad en la doctrina española surge por la vulneración del dogma de la confianza legítima, esta misma sentencia señaló:

En las anteriores oportunidades, las decisiones judiciales se detienen en la indagación de la presencia de la acción de estímulo realizada por el Ejecutivo en orden a hacer sugestivas inversiones particulares como causa originaria de los posibles perjuicios. En el fundamento jurídico primero de la sentencia del caso Pescanova, el cual se reiteraría en las decisiones posteriores, se sostiene que tales inversiones fueron realizadas “en desarrollo de una verdadera acción de fomento, que estableció importantes beneficios, los cuales fueron efectivamente “prometidos”.

Adicionalmente el Tribunal Supremo verifica que estén presentes los restantes requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para la

configuración de la confianza legítima: apremio de los plazos transitorios, imposibilidad de resistir su embate y presencia de derechos o intereses adquiridos en el patrimonio perjudicado.

De las anteriores decisiones ha resultado una línea jurisprudencial que se puede considerar consolidada, de conformidad con la cual, “no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley” y por tanto que, *“cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que puedan considerarse afectados por actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable”*. En todos estos casos lo esencial fue la prueba de que el perjudicado “no tenía el deber jurídico de soportar” el daño. En todos ellos los perjuicios a indemnizar procedían de leyes *constitucionales* (Sentencia C- 038 de 2006, p.27).

De igual modo, respecto de las normas declaradas inconstitucionales esta sentencia nos trae a colación lo mencionado por la jurisprudencia española:

Curiosamente, el supuesto al parecer más claro de responsabilidad patrimonial del Estado por actuación del Legislador: la indemnización de las lesiones patrimoniales causadas por una ley declarada inconstitucional sería el último en ser reconocido por la jurisprudencia. En una serie de sentencias del año 2000, el Tribunal Supremo Español ha reconocido y declarado el derecho a la indemnización por responsabilidad del Estado-Legislator derivado de la aplicación de una ley inconstitucional.

Las razones que llevan al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria española a deducir tal responsabilidad parecen tan lógicas y evidentes que

sorprende que no hubiesen sido acogidas mucho antes. Pues en estos casos el Tribunal presenta la obligación de indemnizar a cargo del Estado como una consecuencia necesaria de ese principio básico y esencial para cualquier ordenamiento basado en una Constitución dotada de auténtica eficacia normativa, el de constitucionalidad, que reclama el sometimiento del legislador a la norma superior:

[C]ciertamente, el Poder Legislativo no está exento del sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes- quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener (...) origen en la inconstitucionalidad de la Ley.

“[P] por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado (...) Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegible (Sentencia C- 038 de 2006, p.29).

En síntesis, y manera de conclusión, para la Corte Constitucional, la responsabilidad patrimonial por actuación del órgano representativo tiene origen, entonces, en la vulneración de la Constitución, la cual, dado su carácter de norma suprema, vincula al Legislador en su actuación. Este tipo de responsabilidad guardaría semejanza con la responsabilidad de la Administración por la expedición de reglamentos ilegales, pues el deber de indemnizar tiene como requisito previo

la declaratoria de inconstitucionalidad -o de ilegalidad en el caso de los reglamentos- de la disposición generadora del perjuicio.

3.3. Línea jurisprudencia Corte Constitucional

Si bien es cierto la jurisdicción constitucional no resuelve de fondo los temas que versan sobre la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, si es importante tener presente cuales son los parámetros y los puntos de partida que se han establecido para el desarrollo de la figura que hoy tratamos.

En este entendido para la presente investigación es importante traer en primera medida la Sentencia C – 543 del 16 de octubre de 1996, pues esta sentencia nos da el punto de partida y la posibilidad de entender los errores en los cuales puede incurrir el legislador, al momento de realizar su función constitucional, esta sentencia resulta ser el punto hito mediante el cual la responsabilidad del Estado legislador cambia de paradigma, y cuando se acepta por vía de interpretación constitucional, que si bien es cierto la función legislativa proviene de un mandato popular y de una función de rango constitucional, esta puede presentar errores o situaciones determinadas que pueden afectar a los asociados del Estado colombiano.

Esta sentencia manifestó:

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 la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la

disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que, en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad (Sentencia C – 543, 2016, p.15).

Lo transcrito anteriormente va a servir para establecer la responsabilidad del Estado cuando se presenta una omisión legislativa por el Consejo de Estado más adelante.

Ahora bien, teniendo en cuenta la postura jurisprudencial y doctrinaria donde no se le da crédito a la responsabilidad del Estado, surge la sentencia C 038 de 2006, sentencia que da claridad de la responsabilidad del Estado conforme el artículo 90 de la constitución política, que abre la puerta a la responsabilidad del Estado del legislador, y en términos generales da la posibilidad de establecer la responsabilidad patrimonial respecto de cualquier ente que ejerza funciones públicas o funciones administrativas, en esta oportunidad estableció la corte constitucional lo siguiente:

la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo 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. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución (Sentencia C- 038 de 2006, p.16).

De igual manera en esta sentencia se establece la improcedencia de la afirmación que refiere de la preexistencia de una declaratoria de inconstitucionalidad para desarrollar la responsabilidad del Estado, pues desde la interpretación constitucional no se requiere de dicha relación, en términos de la corte constitucional:

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 (Sentencia C- 038 de 2006, p.19).

Esta sentencia tal y como se mencionó resulta ser el punto de partida para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador bajo los parámetros actuales y con sustento en las nuevas discusiones que en derecho se presentan.

4. La responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador en la Jurisprudencia de Consejo de Estado

4.1. Antecedentes

Han sido pocas veces en las cuales jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia se ha ocupado de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador. Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional constituyen todos los precedentes en la materia. A continuación, se expondrán sucintamente las principales decisiones en cuestión.

El primer antecedente data de la sentencia de agosto 25 de 1998. En ese momento se realizó una lucubración respecto de los perjuicios acaecidos por la adopción de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención de

Viena. En decisión de segunda instancia el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo introdujo algunas interesantes precisiones: En primer lugar, 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, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en que el daño fuera imputable al Estado colombiano. En ese caso en concreto concluyó que el título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico el cuál un administrado en particular no tenía el deber de soportar: "(...) 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 Constitución Política (Consejo de Estado, 2013, p 38).

De otro lado, un pronunciamiento del Consejo de Estado que llama la atención tuvo lugar bajo circunstancias más complejas. en esta oportunidad se debería tomar una decisión sobre los efectos patrimoniales de la declaratoria de inexecutable de una ley, puntualmente si es viable que el juez de lo contencioso administrativo, dando aplicación al control constitucional por vía de excepción, por inconstitucionalidad, extienda retroactivamente los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad y reconozca los perjuicios causados por la ley durante su periodo de vigencia, es decir, desde la fecha de su promulgación hasta el momento del pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Si bien la demanda planteaba un tema interesante cual es si los daños antijurídicos producidos por una ley inconstitucional mientras estuvo en vigor pueden ser reconocidos por otra jurisdicción en el caso que la Corte Constitucional

no le dé efectos retroactivos a su decisión, en esta oportunidad el propio legislador había establecido que la sentencia de constitucionalidad tendría efectos sólo hacia el futuro, y en un fallo posterior el juez constitucional había encontrado ajustada a la Constitución esa delimitación legislativa de los efectos temporales de su decisión previa. Entonces, en este caso concreto el Consejo de Estado rechazó las pretensiones de la demanda y sostuvo que en estos casos no procede la figura de la excepción de inconstitucionalidad pues se presume que la sentencia tiene efectos pro futuros, en virtud de la regla -establecida por la propia Corte Constitucional- según la cual sus fallos tienen efectos *ex nunc* a menos que ella misma decida otra cosa (Consejo de Estado, 2018, p 26) Textualmente el Consejo de Estado afirmó:

La decisión sobre los efectos de un fallo de constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la Corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia el futuro. Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, éste simplemente debe acatarse, porque la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquéllos y éstas conservan su eficacia jurídica. Una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas (Consejo de Estado, 2018, p 26).

Dejando a un lado la cuestión sustancial del fundamento de la responsabilidad patrimonial estatal, cabe destacar que en todos los anteriores casos la acción impetrada fue la de reparación directa, de lo que se deduce que de conformidad con el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa esta es la vía

judicial procedente para reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputable al hecho del legislador. la Sección Tercera se ha pronunciado sobre este asunto y sostuvo (Sentencia C- 038 de 2006, p.16):

La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues, como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos que motivaron la demanda, una falla en la función legislativa (ordinaria y extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor.

Los efectos materiales causados por los actos declarados inexequibles por la Corte podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexequibilidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía (Consejo de Estado, 2003, p 10).

En conclusión: el medio de control de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexequible, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por ello, la demanda no podía ser rechazada (Sentencia C- 038 de 2006, p.22)

Entonces, de conformidad con la interpretación que ha hecho el órgano judicial encargado de fijar en su momento el alcance del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad proveniente de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador (Sentencia C- 038 de 2006, p.26)

Respecto de los efectos de las sentencias, en esta oportunidad permitió la corte constitucional dar la posibilidad de resarcir los derechos patrimoniales, a través de la modulación de las sentencias de la siguiente manera:

Por otra parte, 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 (sentencia C-149 de 1993).

Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutableidad 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 (Sentencia C- 038 de 2006, p.32)

4.2 Línea jurisprudencial Consejo De Estado

Esta corporación ha desarrollado mucho más el concepto de la responsabilidad del Estado legislador, y no solo por ser el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues desde antes de la promulgación de la constitución de 1991, esta Corporación ya tenía una postura al respecto, en esa ocasión el Consejo de Estado determino de manera clara que la posibilidad de la comprender una responsabilidad del Estado legislador debería ser enmarcada bajo la concepción de la responsabilidad objetiva, por riesgo excepcional o por la

vulneración al principio de igualdad frente a las cargas públicas, en este entendido resulta ser de vital importancia esta concepción, pues es desde esta sentencia que el desarrollo de esta postura toma forma.

Para darle fuerza de convicción al proveído, La Sala desea destacar la filosofía que Georges Vedel expone en su Obra Derecho Administrativo como obstáculo para que la responsabilidad derivada de las leyes sea de recibo, a saber:

En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta.

Solo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado - legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno la responsabilidad del legislador tiene otro rasgo irreduciblemente específico: en principio, corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse (Consejo de Estado, 2013, p 20).

De igual forma esta sentencia continúa dialogando sobre el concepto de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador de la siguiente manera:

Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. SE trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda

fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez, que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del legislador.

Es decir, que la expresión "responsabilidad derivada de las leyes" tiene un sentido original; habría que hablar preferiblemente de un régimen de reparación aceptado por el legislador". (Subrayas de la Sala). (Biblioteca Aguilar, pag. 341) (Consejo de Estado, 2013, p 21).

Es importante resaltar que para esta sentencia el consejo de Estado no permitió la reparación por el daño causado por la ley, pero su teoría referente al tema da la posibilidad de realizar un estudio profundo y una imputación a título objetivo para justificar el hecho del legislador. Situación está que abre la ventana a la discusión de la responsabilidad del Estado por los daños causados por una ley, sin embargo, tal y como se mencionó en líneas precedentes, esta sentencia refiere un periodo normativo diferente al que hoy aplica, pues su formulación se dio antes de la entrada en vigor de nuestra constitución política.

En esta sentencia se da la posibilidad de dar aplicación a la responsabilidad objetiva por la concreción del daño excepcional.

Ahora bien, el 02 de febrero de 1995 esta misma Corporación emitió un postulado de vital importancia para el tema que se está desarrollando, pues mediante sentencia **9273**, magistrado ponente JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, se estableció la prohibición por parte del Estado de causar daños antijurídicos a los asociados del Estado colombiano bajo el amparo y el sustento de realizar una actividad pública que demuestra y desarrolla la soberanía, pues considera el consejo de Estado que esto resulta al Estado social de derecho consagrado en el artículo 10 de la constitución política de Colombia.

En este orden de ideas manifiesto:

No es posible, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art 10 de la C.C.), so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio su soberanía; tal recurso no podrá jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca daños antijurídicos a los asociados (Consejo de Estado, 1995, p 27).

Resulta de vital importancia esta sentencia, pues tal y como lo menciono la Corte Constitucional, ninguna entidad de orden público puede provocar algún tipo de daño que genere perjuicio a uno o más asociados, pero este argumento termina ser más certero, pues desprotege de manera clara las actuaciones que hasta esa fecha eran realizadas bajo el argumento de la soberanía, argumento que resultaba ser demasiado fuerte teniendo en cuenta nuestra historia y nuestro precedente judicial.

Con posterioridad se produjo el primer fallo con responsabilidad, por el hecho del legislador, y esto ocurrió mediante la sentencia Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Santafé de Bogotá, D.C. Agosto veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998), Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente IJ-001, en esta ocasión se condenó al Estado bajo el grado de imputación objetivo, pues al parecer de esta Corporación en el caso sub lite se presentó un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por el Congreso de la república y la presidencia de la república, con ocasión de la celebración de un tratado internacional y sui posterior aprobación a través de una ley.

En el sub iudice, 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. En síntesis, puede afirmarse que el título de importación 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 Constitución Política (Consejo de Estado, 1998, p 38).

Ahora bien, en el año 2013 el Consejo de Estado menciona:

La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos que motivaron la demanda, una falla en la función legislativa (ordinaria o extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor

Los efectos materiales causados por los actos declarados inexequibles por la corte podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente, obviamente, tal inexequibilidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre ocurrencia y cuantía.

En conclusión la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública, por ello la demanda no podía ser rechazada (Consejo de Estado, 2013, p 31).

En este fallo, el Consejo de Estado acredita como medio de control para reclamar la posible indemnización por la responsabilidad del Estado legislador la reparación directa, pero aunado a lo mencionado, establece como medio de imputación la responsabilidad subjetiva, por falla del servicio.

De igual manera la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D. C., trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00208-01 (28769) (IJ), señala que la responsabilidad del Estado legislador debe ser dada conforme el grado de imputación Falla del servicio, en esta sentencia manifestó esta Corporación:

la expedición de normas que luego son declaradas inconstitucionales o nulas constituye una “evidente falla del servicio” por ser el “ejercicio irregular de una potestad normativa o reglamentaria”, de manera tal que, en estos casos, la responsabilidad del Estado se estructura por aquella y no por el título de imputación del daño especial (Consejo de Estado, 2018, p 32).

Ahora bien, en la actualidad se han presentado varios fallos al respecto, sin embargo, no han realizado el estudio del grado de imputación porque en cada una de las demandas no se logra acreditar de manera efectiva el primer elemento de la responsabilidad, el daño, en consecuencia, se hace referencia solo a algunas de ellas.

Para un mejor entendimiento me permito graficar estas tesis de la siguiente manera:

CONSEJO DE ESTADO

AÑO	Responsabilidad objetiva	Fallos sin estudio del grado de imputación	Responsabilidad subjetiva
1990	Expediente 5396 sentencia de 18 de octubre de 1990		
1998	Expediente 001 (IJ) sentencia de 25 de agosto de 1998		
2007			Expediente 2004-00832 (AG) sentencia de 16 de marzo de 2007
2014		<ul style="list-style-type: none"> ○ Expediente 2003-00204-01(29355) 20 de octubre de 2014 ○ Expediente 2001-00282-01(28864)26 de marzo de 2014 	
2018			Expediente 2003-00208-01 (28769) 13 de marzo de 2018

En este entendido vemos como la jurisprudencia del consejo de Estado no ha sido pacífica sobre el grado de imputación en la teoría de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

5. Grados De Imputación en la responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador

5.1. Desequilibrio de las cargas públicas.

En la teoría moderna, se ha establecido que todos los asociados a un Estado son susceptibles de derechos y obligaciones, lo cual supone que en cabeza del Estado deben existir imposiciones a sus administrados para que este al final pueda cumplir con su cometido de bienestar, sin embargo, este postulado debe ser entendido bajo el imperio del principio de igualdad, es decir que a pesar que exista la posibilidad de crear cargas o deberes para sus asociados, éstos deberán estar distribuidas de manera asertiva en todos ellos

De no ser así, esta situación iría en contravía del gran fin del derecho “la justicia”, imponiendo de esta manera una carga más gravosa a una persona, o a un grupo de personas.

5.2. Vulneración de la confianza legítima

La confianza legítima en términos prácticos nace de las situaciones en las cuales una persona, llámese natural o jurídica, genera un grado de confianza o de credibilidad en otro, generando de esta manera un expectativa o presunción que deviene de la presunción de buena fe constitucional.

De esta forma, como el Estado legislador podría generar responsabilidad a sus asociados a través de estas figuras, pues bien, a manera de ejemplo me permito mencionar cuando puede darse dicha situación:

- Expedición de leyes regresivas en el campo de los derechos
- Expedición de leyes tributarias
- La supresión intempestiva de beneficios y estímulos

Capítulo III. ANALISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

1. El Legislador

Después de trasegar por los elementos de la responsabilidad del Estado, de la dogmática que fundamenta esta figura jurídica, de los grados de imputación y en general de lo que versa sobre la responsabilidad del Estado legislador, se debe dejar claro que la discusión no termina de manera pasiva, pues siempre existirán argumentos que permitan fortalecer el debate aún más.

Sin embargo de lo escrito hasta aquí, y tomando una postura un poco osada, con el respecto de los grandes juristas citados, de los magistrados de las altas cortes y de todos aquellos que aún mantienen una postura teleológica de la función legisladora, se debe considerar y replantear la verdadera función de este órgano, y tomando los postulados genéricos del realismo jurídico debemos revisar la aceptación social y su legitimación en el contexto moderno, pues para nadie es un secreto que la función legislativa hoy en día se encuentra completamente desfigurada, pues quienes llegan a dichos magnos cargos, han perdido en gran medida la función pública, y el don de servicio del que debe gozar un servidor de esta naturaleza, hoy en día se juega con la integridad de los votantes, con la necesidad de los mismo y hasta con su dignidad, pues en un sin número de artimañas pueden afectar la opinión y la decisión del pueblo.

Es así como hoy en día los congresistas no gozan de la reputación de tiempos memorables, donde ejercer dicha función era sinónimo de dignidad, de liderazgo y de representación, era un honor ser congresista, o en aquellos países con otros sistemas de gobierno pertenecer al parlamento es una dignidad, pero en un país como Colombia, donde en cada elección nacional, surgen un sin número de cuestionamientos de corrupción, de compra de votos, de trashumancia electoral y hasta de actos delictivos no es posible reconocer dichas calidades de añoranzas.

Aunado a lo anterior, los congresistas en nuestro país, tienen un grupo demasiado grande de asesores, sin embargo, dichos cargos fueron creados con la finalidad de apoyar desde el punto de vista legal a quienes obtuvieran su correspondiente curul, y su conocimiento en la formación y creación de las leyes fuera poco o nulo, pero estas funciones también han sido permeadas por la deslegitimación de sus funciones, pues a dichos cargos de igual manera solo llegan amigos políticos del recién electo congresista, y se convierte solo en un cargo de beneficio económico, situación que más adelante revisaremos a profundidad.

Es por esto que no se puede pensar que nuestro congreso es cúmulo de virtudes, sustentadas en una imagen idealista de viejos tiempos, y el control judicial debe actuar con todas sus armas, pues bajo el sustento de la teoría de pesos y contrapesos, son los llamados a realizar una intervención en pro de los derechos del ciudadano y del propio Estado social de derecho, generando una fiscalización, creando y manteniendo la responsabilidad en todos sus actos, pues no es aceptable que se otorguen todas las prebendas y beneficios y estos sean mal utilizados, pues a la fecha existen más de 557 demandas de pérdida de investidura según lo demuestra la relatoría del propio Consejo de Estado.

2. Posturas Filosóficas del Parlamento y la Teoría de la Representación

A lo largo de la historia de la humanidad se ha presentado la necesidad de organización del pueblo, de organizar su jerarquía política, de generar líneas de mando que permitan un perfecto engranaje en lo que hoy denominamos sociedad, y es por esto que durante mucho tiempo, y durante muchos procesos sociales, jurídicos y hasta bélicos, hoy en día tenemos una supra organización denominada Estado.

Estado que tendrá la obligación de protección, de regulación, de control interno, entre otras grandes funciones, sin embargo, en los orígenes de este concepto, se lograron establecer como tres grandes funciones de esta macro organización, los poderes ejecutivos, judicial, y legislativo, poderes que son

ampliamente definidos en los textos de teoría constitucional, poderes ampliamente desarrollados por autores nacionales como Vladimiro Naranjo Mesa, Quinche Ramírez, Diego Younes, entre otros.

Sin embargo, para el desarrollo de la presente argumentación, solo nos interesa el poder legislativo, y es por eso por lo que daremos un pequeño viraje histórico del concepto del parlamento y su principal función, la de representar los intereses de quien los elige, la representación popular como pilar fundamental de su ejercicio diario.

La función legislativa del Estado no es otra más que la de impulsar la normatividad que debe regir el sistema jurídico de un Estado, logrando mediante esta la protección de los intereses, bienes, derechos y de más garantías de todos los asociados al correspondiente Estado.

Su antecedente más lejano en la historia se puede remontar a las famosas asambleas populares realizadas en Grecia, o a las denominadas centurias en la antigua Roma, sin embargo, su antecedente más cierto data de los años 1200, cuando en Inglaterra se otorga la llamada *Carta Magna*, donde el entonces Concilium aumento sus poderes frente al poder de decisión del rey, frente a este tema menciona Vladimiro Naranjo lo siguiente:

Enrique III decidió revocar la Carta Magna y retomar los poderes absolutos de que habían gozado sus predecesores. Los barones reaccionaron con vigor y obligaron al rey a aceptar las llamadas provisiones de Oxford de 1258, que establecían que el rey debía gobernar con la colaboración de un Consejo de 15 miembros elegido por representantes del rey y de los barones y que el Concilium debía reunirse tres veces por año, las sesiones del Concilium fueron llamadas Colloquium, pero por esa época empezó a adoptarse el nombre de parlamento como sinónimo de Magnum Concilium, de tal suerte que a mediados del siglo XIII el parlamento podía definirse como el coloquio ocasional sobre los grandes asuntos del reino (Naranjo, 1995)

Cómo se puede observar el noble empeño de los barones en Inglaterra les permitió afianzar su postura y su actuar frente a un rey indolente e inoperante frente al interés del pueblo, y es así como nace el concepto ideal del parlamento, el de representar las necesidades del pueblo frente a quien ejerce el poder.

Desde el punto de vista filosófico los autores han tenido una gran discusión frente a los postulados de la representación y la democracia, discusiones que nos permiten vincularnos más con el tema que se pretende desarrollar en el presente escrito.

Para iniciar, es importante aclarar que no se realizara un estudio particularizado de todos los autores que han abordado el tema, ya que esta tarea resultaría bastante amplia y podría generar porque no, un solo documentos argumentativo o tesis sobre el tema, por eso solo me detendré en aquellos autores que generan controversia o quienes abiertamente son opositores, de otro lado en esta primera parte solo mencionare aquellos conceptos de filosofía comunes que entienden el deber ser del parlamento, este estudio nos permite entender la generación normativa desde otra perspectiva, y nos permite sustentar la deslegitimación del congreso desde muchos años atrás.

HOBBS es el primero filósofo del derecho en establecer que un Estado no puede ser gobernado por la multitud, razón por la cual es necesario que dicha multitud se convierta o se delimite a uno, y este único ser se llama Estado, este último como máxima organización supra social, deberá tener poder absoluto, y va ser quien limite las actuaciones de la multitud, sin embargo, el Estado actuará bajo los postulados jurídicos de una autorización.

Uno de los postulados importantes y significativos de este autor, es mencionar que dicho poder supremo no proviene de un elemento espiritual o intangible, dicho poder viene del pensamiento propio del sujeto, de la persona, de la multitud. Pensamiento que daría al traste con toda una historia de pensamiento que hasta ese momento regiría los pueblos del mundo, sin embargo, es importante mencionar que para este autor “los hombres están compitiendo continuamente por el honor y la dignidad, cosa que no hacen estas criaturas. Como consecuencia, surge entre

los hombres, por esa razón, envidia y odio, y, en última instancia la guerra (Hobbes, 2013).

Sin embargo, tal y como menciona la politóloga Hanna Pitkin, esta teoría de la representación de Hobbes es la clásica teoría formalista de la representación política (pitkin, 1985), y es la que pretendemos dejar atrás.

De este primer concepto, se ha establecido que son los inicios de lo que posteriormente Rousseau denominaría el *CONTRATO SOCIAL*, sin embargo, dicho postulado tendría unas implicaciones completamente diferentes al respecto.

En este sentido para Rousseau, el pacto social no nace de la autorización, ya que en este sentido la teoría de Hobbes daría lugar a la aplicación de obediencia sobre quien ejerce el poder y si estamos hablando de un pacto, de un acuerdo, o en palabras del mismo autor de un contrato, no podemos pretender que a quien se le da la facultad que es propia, luego ejerza soberanía sobre nosotros. Al tocar este punto el autor da partida a lo que el denominó la voluntad general, que no es otra cosa, que la necesidad de buscar un interés para la nación, un interés general.

En este sentido, y para el estudio que nos ocupa, simplemente estamos haciendo referencia a esos postulados aún teleológicos de los órganos del Estado, pues tal y como han sido conocidos, sobre todo Rousseau, sus teorías obedecen al famoso contrato social, y en el entendido del otorgamiento de facultades del soberano (pueblo) al Estado, aún se mantiene las ideas del deber ser en el propio Estado.

Posteriormente surge el pensamiento de Burke, quien afirma que, si bien los elegidos por el pueblo ejercen de manera directa la teoría de la representación, esta no debe implicar la aplicación de este percepto de manera raja tabla, ya que hasta ahora lo manifiesta de perspectivas completamente diferentes, es así como este pensador establece una teoría en la cual, la representación no obedece al grupo que lo eligió, ya que el representante cuando es elegido, debe ser encargado de representar no solo a ese grupo, sino de igual manera debe representar a quien

no voto por ellos, es decir la representación termina siendo nacional, pero aunque aún sigue buscando el bien general, esta vez ya no hace referencia al general, como la parte mayoritaria de la población, hace referencia a toda la nación, a todos aquellos asociados al Estado, concepto un poco más amplia que el estimado por Rousseau, sin embargo de igual forma plantea la posibilidad de corrupción en los órganos del Estado, pues menciona “ los sabios aplicaran sus remedios a los vicios y no a los nombres; a las causas permanentes del mal y no a los órganos ocasionales por los cuales obran, o las formas pasajeras que revisten” (Burke, 1978), pensamiento que convoca a los sabios a intervenir cuando las instituciones se vean permeadas por actos contra naturales a su función.

Como se puede observar, desde Burke ya existe, la discusión de los fines del legislativo, pues incluso realiza un acto de apología a las funciones estatales del legislativo en su discurso a los electores de Bristol, cuando establece:

El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros, debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad; donde deben guiar no los intereses y prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo (Burke, 1984).

De otro lado, es Sieyès quien pretende cambiar y modificar el pensamiento clásico hasta ahora resumido en líneas precedentes, pues considera que la única participación directa de los ciudadanos en el Estado, no opera más allá del ejercicio libre y soberano que cada uno de ellos realiza cuando el Estado llama a elegir a sus gobernantes, o a sus representantes, y considera que el bien común no es posible generalizarlo tal y como lo pretenden los autores mencionados anteriormente, por el contrario el interés no deja de ser una suma de intereses particulares que predominan durante un periodo de tiempo determinado, en este sentido menciono:

[E]l cuerpo de sus diputados (de los privilegiados) se reúne aparte; ... ajena a la Nación, ante todo por su principio, puesto que su misión no procede por

el pueblo; y asimismo en atención a su objeto, toda vez que este consiste en la defensa, no del interés general, sino del interés particular (Sieyès, 1991)

Como punto característico y muy importante para el estudio que estamos desarrollando en el presente escrito, Sieyès manifiesta que la única elección entre electores y representantes es política y no jurídica bajo el amparo de la confianza, elemento que resulta de gran importancia y que condiciona considerablemente la idea del ejercicio del legislativo, y mucho más en un Estado como el colombiano, que a pesar de tener en su estructura orgánica y funcional un fundamento filosófico, moral y ético, no logra desarrollarse plenamente en la realidad tal y como lo demostraré más adelante.

Para Sieyès, la asociación no es para el disfrute de los derechos del individuo, ya que el individuo goza de todos ellos, y la unión (Estado) no puede ser limitante de los mismos, por el contrario, esa unión lo que busca es que sus asociados tengan una garantía de sus derechos, porque de no partir de esta lógica, estimaría un Tercer Estado, en el cual cada persona puede establecer su derecho al no estar de acuerdo con la mayoría, lo cual implicaría una falta de identidad lógica.

Los autores nombrados hasta este momento nos sirven de sustento para establecer los postulados filosóficos clásicos de la función legislativa, sin embargo, las siguientes consideraciones y afirmaciones son las que pretendo traer a colación para modificar dicha concepción, pues es importante partir desde una nueva óptica para contextualizar al lector y de esta forma poder generar un mayor grado de responsabilidad de nuestros congresistas.

El pensamiento de Schmitt, quien sostiene que dentro de la representación, lo primero que se debe revisar es que las decisiones y los correspondientes debates legislativos sean públicos, ya que es este elemento lo que implica que se esté en busca de bien común o de un bien general, de lo contrario, es decir, si las decisiones resultan ser privadas, ocultas o clandestinas, estamos frente a una decisión

privada, y en este entendido ya no estamos hablando de una teoría de la representación, porque quien está detentando el poder, está actuando bajo sus propio intereses, y está dejando a un lado, la razón de su elección.

Y es este punto en el cual Schmitt, considera que surge la crisis del parlamento, pues es debido a ello que las leyes hoy terminan siendo una negociación de las grandes corporaciones y no un acuerdo debatido en el mismo parlamento, los operadores legislativos se convierten entonces en funcionarios que defienden estos intereses, y esta es la consecuencia de la actividad moderna de los partidos políticos.

Los partidos políticos para Schmitt son grupos de terratenientes que lo único que buscan es el poder, y su manejo durante largos periodos de tiempo, y cuando pierden, generan políticas adversas para desacreditar a quien lo detenta, es por lo que se deslegitima la teoría de la representación en la modernidad (Schmitt, 2011).

Frente a este tema de igual forma es importante traer a colación lo manifestado por Weber, sobre el concepto que él tiene de los partidos políticos, quien a la letra establece:

Llamamos partidos a las formas de "socialización" que descansando en un reclutamiento (formalmente) libre, tienen como fin proporcionar poder a sus dirigentes dentro de una asociación y otorgar por ese medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o materiales (la realización de fines objetivos o el logro de ventajas personales o ambas cosas (Weber, 2014).

Ahora bien, Jhon Elster y Rune Slagstad en su texto "Constitucionalismo y Democracia" establecen un punto importante sobre los postulados reales de las leyes, pues ellos dentro de su exposición consideran a estas, como un producto mercantil de los diferentes políticos pluralistas dentro de una democracia. en este entendido mencionan:

La interpretación pluralista ve el proceso político como una especie de mercado, las leyes son simplemente mercancía; deben reflejar números e intensidad de preferencias, así el enfoque pluralista toma la existente distribución de riqueza (...) el objetivo de un sistema político es asegurar que los diferentes insumos se reflejen con precisión en la ley, esta interpretación conlleva una concepción particular de la representación en la que los funcionarios responden de manera mecánica a los deseos de los votantes (Elster & Slagstad, 1999).

De igual manera, Hanna Pitkin, menciona la teoría de la rendición de cuentas, y en esta plantea la posibilidad de ejercerse por parte de los electores un control al legislativo, en este sentido manifiesta:

Según la teoría de la rendición de cuentas la representación sería una especie de transferencia de responsabilidad. Al contrario de la teoría de la autorización, esta teoría afirma que el representante tiene que ser responsable ante los electores a los cuales pertenece la facultad de controlar y sancionar la acción del representante. Por la teoría de la rendición de cuentas la relación entre representante y representado está basada ante todo sobre la responsabilidad, entonces el representado debe poder juzgar y en su caso sustituir el representante siempre cuando no se sienta representado (pitkin, 1985).

Si bien esta teoría nos establece más una posibilidad de control político, no es menos que bajo el mismo sustento podamos generar esa responsabilidad patrimonial por su mal ejercicio legislativo.

Como podemos observar, no es la primera vez, ni mucho menos es la actualidad la que ha dejado ver una serie de cuestionamientos sobre la función del parlamento en el mundo, pues tal y como se ha mencionado hasta ahora, desde hace mucho tiempo ya se establecían las dificultades y los grandes problemas que se tenían en el deber ser del parlamento, situación que nos permite contradecir la postura clásica e ideológica del congreso, y a la vez nos da la posibilidad de generar responsabilidades, pues al desligar al congreso de la teoría de la representación y

de su ejercicio entendido como una imagen del pueblo, logramos ubicar al congreso en una entidad con sujeción a la misma ley y capaz de responder por sus fallas sin ningún tipo de argumento teleológico.

En este entendido el Congreso Colombiano, no logra siquiera generar el planteamiento inicial de Grecia sobre la representación, pues para nadie es un secreto que en Colombia los congresistas buscan llegar al poder para beneficiar los intereses particulares o los intereses de aquellos que los ayudaron en su noble intención parlamentaria, situación está que tal y como se mencionó en líneas atrás, solo obedece a una representación política de sus electores.

En este punto y descendiendo al congreso colombiano, es importante traer a colación que los congresistas tienen la posibilidad de generar su grupo de trabajo, al cual se le ha denominado unidades de trabajo legislativo (UTL), grupo que se supone que debe apoyar a estos en los tramites legislativo, generando investigaciones, instrucciones asesorías e informaciones correspondientes a la discusión actual en que se vea inmerso su senador o su representante a la cámara.

Así las cosas, la ley 5 de 1992 ha regulado la forma de vinculación e incluso se ha encargado de regular los salarios que cada uno de los miembros parte de las UTL, en este entendido el artículo 388 menciona:

ARTÍCULO 388. UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DE LOS CONGRESISTAS

Cada Congresista contará, para el logro de una eficiente labor legislativa, con una Unidad de Trabajo a su servicio, integrada por no más de 10 empleados y/o contratistas. Para la provisión de estos cargos cada Congresista postulará, ante el Director Administrativo, en el caso de la Cámara y ante el Director General o quien haga sus veces, en el caso del Senado, el respectivo candidato para su libre nombramiento y remoción o para su vinculación por contrato.

La Planta de Personal de cada Unidad de Trabajo Legislativo de los Congresistas se conformará dentro de las posibilidades que permite la

combinación de rangos y nominaciones señalados en este artículo a escogencia del respectivo Congresista. El valor del sueldo mensual de dicha planta o Unidad de Trabajo no podrá sobrepasar el valor de 50 salarios mínimos legales mensuales para cada unidad.

Los cargos de la Unidad de Trabajo Legislativo de los Congresistas tendrán la siguiente nomenclatura y escala de remuneración:

Denominación	Salarios Mínimos
Asistente I	Tres (3)
Asistente II	Cuatro (4)
Asistente III	Cinco (5)
Asistente IV	Seis (6)
Asistente V	Siete (7)
Asesor I	Ocho (8)
Asesor II	Nueve (9)
Asesor III	Diez (10)
Asesor IV	Once (11)
Asesor V	Doce (12)
Asesor VI	Trece (13)
Asesor VII	Catorce (14)
Asesor VIII	Quince (15)

La certificación de cumplimiento de labores de los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo, será expedida por el respectivo Congresista.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de la Calidad de Asesor, podrá darse la vinculación por virtud de contrato de prestación de servicios debidamente celebrado. El Congresista podrá solicitar a la autoridad nominadora que disponga la iniciación de las labores contratadas desde el mismo momento de la designación del Asesor.

En este punto y solo por obtener valores, cada congresista cuenta con cuarenta y tres millones ochocientos noventa mil ciento cincuenta pesos moneda corriente (\$43.890.150) para cumplir con su función, ahora bien teniendo en cuenta que en la actualidad tenemos 280 congresistas, el cargo mensual al erario asciende a la suma de doce mil doscientos ochenta y nueve millones doscientos cuarenta y dos mil pesos 12.289.242.000 moneda corriente, y a su vez a ciento cuarenta y siete mil cuatrocientos setenta millones novecientos cuatro mil pesos 147.470.904.000 moneda corriente, sumas de dinero considerables, como para no ejercer de manera adecuada la función legislativa.

Como se puede observar, cada funcionario de elección popular cuenta con su grupo de apoyo, pero adicional a esto, cada uno de ellos también puede contar con unos ingresos adicionales si pertenecen a las comisiones especiales, esta suma de dineros dependerá de cada comisión y de la especialidad de esta.

Así las cosas, al realizar una investigación sobre las UTL se puede observar que estas, han sido un foco de irregularidades, pues solo por mencionar algunos casos el representante a la cámara HERNAN GUSTAVO ESTUPIÑAN fue merecedor de la sanción de pérdida de investidura por parte del Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, sala de decisión especial numero 27, dentro del radicado 11001031500020190077100 con ponencia de la Magistrada

Rocío Araujo Oñate, por indebida destinación de dineros públicos al vincular al señor JAHIR ALEXANDER MENA QUIÑÓNEZ en el empleo de asistente I de la unidad de trabajo legislativo, sin que ejerciera funciones propias del cargo.

En el año 2017 a través de sentencia del 28 de marzo, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación 11001 03 15 000 2015 00111 00, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, se declaró la pérdida de investidura del entonces senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, por encontrar demostrado dentro del proceso, que el senador contrato en calidad de asesor al señor Juan David Giraldo Saldarriaga, hijo de su compañera sentimental, y quien no realizó sus funciones, pues presuntamente el señor viajó durante el periodo de legislatura en dos ocasiones con fines vacacionales, y el senador para ocultar esta situación emitió certificaciones falsas, al igual que se demostró que el señor Giraldo Saldarriaga estudiaba dos carreras profesionales mientras se desempeñaba como asesor del senador, situaciones que el consejo de estado considero suficientes para la sanción concerniente de pérdida de investidura.

En noviembre de 2017 la Corte Suprema de Justicia condenó al entonces ex representante Manuel Antonio Carebilla Cuéllar por los delitos de peculado, cohecho impropio, falsedad ideológica en documento público y concusión, pues según el órgano de cierre durante su paso por la cámara de representantes utilizó la UTL como empresa personal toda vez que ofrecía cargos, nombro a personas que nunca cumplieron con sus funciones, certificó de manera indebida el presunto cumplimiento labores que nunca se prestaron, solicitó el pago de dádivas para su campaña política, entre otras situaciones anómalas, estos hechos llevaron a que fuera condenado a 14 años y 7 meses.

Estos casos se suman a los del exrepresentante a la cámara por Bogotá RUBEN DARIO SALAZAR quien perdió su investidura a través sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-15-000-2009-

00355-00(PI), donde se determinó que el exrepresentante a la cámara exigió dineros a los empleados de la UTL, para financiar sus actividades políticas mediante amenazas, intimidaciones y coacciones, en otro caso se conoce el de la exsenadora REGINA BETANCOURT quien mediante sentencia del Consejo de Estado, radicado número AC1899 se le declaró la pérdida de investidura por obligar a los miembros de la UTL a realizar aportes periódicos a su movimiento político.

Como se puede observar existen muchos casos que deslegitiman a nuestro honorable congreso, pues aunado a lo anterior se debe dejar claro que, a la fecha, según la relatoría del consejo de estado existen mas de 54 congresistas que han perdido la investidura por diferentes anomalías en sus actividades, y desde 1991 se han presentado alrededor de 557 demandas de pérdida de investidura, cifras que rayan con el efectivo ejercicio de la actividad parlamentaria.

De otro lado es importante señalar que su actividad funcional, es decir la de expedir leyes a favor del pueblo, tampoco es que se vea desarrollado de la mejor manera. Y esto se puede concluir con sustento en el informe de la legislatura 2019-2020, de donde se pueden obtener los siguientes datos:

INICIATIVAS LEGISLATIVAS PRESENTADAS	
Proyectos de Ley	323
Proyectos de Acto Legislativo 001/2019C, 002/2019C, 047/2019C, 051/2019C, 069/2019C, 074/2019C, 080/2019C, 087/2019C, 107/2019C, 122/2019C, 134/2019C, 170/2019C, 172/2019C, /2019C, 184/2019C, 205/2018c, 216/2018c,	024
Proyectos de Ley Estatutaria 009/2019C, 040/2019C, 049/2019C, 068/2019C, 072/2019C, 075/2019C, 116/2019C, 204/2019C. 314/2019C	010
Proyectos de Ley Orgánica 011/2019C, 053/2019C, 155/2019C, 193/2019C, 279/2019C,	008
Total	365

INICIATIVA LEGISLATIVA	
Congresional	349
Gubernamental : 006/2019C, 007/2019C, 008/2019C, 077/2019C, 079/2019C, 210/2019, 231/2019C	015
Defensor del Pueblo:	000
Fiscal General de la Nación: 010/2019C	001
Contralor General de la República:	000
Procuraduría General de la Nación:	000
Presidente Consejo Superior de la Judicatura	000
Magistrados Consejo Nacional Electoral	000
Iniciativa Popular:	000

De la simple lectura de estos datos, podríamos inferir que el trabajo de congresistas se ajusta al mandato legal, sin embargo, vamos a revisar algunos de los proyectos de ley presentados para observar su contenido, pues en ningún momento con alguno de los siguientes proyectos se ve claro el bien común:

NUMERO P.L.	TEMA	AUTOR(ES)
005/2019C	450 AÑOS GUADALAJARA DE BUGA	H.R. NORMA HURTADO SANCHEZ
068/2019C	BANCO DE DATOS GENÉTICOS	H.R. MARTHA PATICIA VILLALB W
076/2019C	IMPUESTO AL CARBONO	H.R.MONICA LILIANA VALENCIA M
135/2019C	FONDO DE SUBSIDIO SOBRE	H.R.MONICA LILIANA VALENCIA M
137/2019C	DIA NACIONAL DE LA CHAMPETA	H.S. ANDRES FELIPE GARCIA ZUCARDI.
155/2019C	HONORES EL CAIRO	H.S. JOSE RITTER LOPEZ PEÑA, ROOSVELT RODRIGUEZ RENGIFO y los H.R. NORMA HURTADO SANCHEZ, JOSE ELIECER TAMAYO MARULANDA.
156/2019C	ESTAMPILLA UNILLANOS	H.S. MARITZA MARTINEZ ARISTIZABAL.
285/2019C	ESTAMPILLA PROHOSPITAL SAN RAFAEL	H.R. HAROLD AUGOSTO VALENCIA INAFANTE
317/2019C	NORMAS SOBRE SERVICIO EXTERIOR	H.S. JOSE DAVID NAME CARDOZO.
002/2019C	REGIMEN ESPECIAL DEL AMAZONAS	H.R. YENICA SUGEIN ACOSTA INFANTE, JUAN DAVID VELEZ

		<p>TRUJILLO, CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO, JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA, RICARDO ALFONSO FERRO LOZANO, EDWIN GILBERTO BALLESTEROS ARCHILA, ENRIQUE CABRALES BAQUERO, RUBEN DARIO MOLANO PIÑEROS, ALVARO HERNAN PRADA ARTUNDUAGA, CHRISTIAN MUNIR GARCES ALJURE, MILTON HUGO ANGULO VIVEROS, JOSE JAIME USCATEGUI PASTRANA, DIEGO JAVIER OSORIO JIMENEZ, GUSTAVO LONDOÑO GARCIA, CESAR EUGENIO MARTINEZ RESTREPO, OSCAR LEONARDO VILLAMIZAR MENESES, JUAN FERNANDO ESPINAL RAMIREZ, JHON JAIRO BERMUDEZ GARCES, y los Senadores PALOMA VALENCIA LASERNA, PAOLA ANDREA HOLGUIN MORENO, FERNANDO ARAUJO RUMIÉ y otras firmas</p>
053/2019	AUXILIARES EN LA INVESTIGACIÓN	H.R. RICARDO ALFONSO FERRO LOZANO
098/2019C	IMPUESTO AL CARBONO	H.R. EDWIN ALBERTO VALDES RODRIGUEZ
113/2019C	ESTAMPILLA PRO-PARQUES NACIONALES	H.R. EDWIN GILBERTO BALLESTEROS ARCHILA, JUAN DAVID VELEZ TRUJILLO, ENRIQUE CABRALES BAQUERO, RICARDO ALFONSO FERRO LOZANO, el H.S. RUBY HELENA CHAGÜÍ SPATH y otras firmas.
123/2019C	FESTIVAL INTERNACIONAL DE MÚSICA	H.R. ENRIQUE CABRALES BAQUERO y el H.S. FERNANDO NICOLAS ARAUJO RUMIÉ.
139/2019C	MISO	H.R. MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO y RUBEN DARIO MOLANO PIÑEROS
140/2019C	JURAMENTO	H.R. MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO y RUBEN DARIO MOLANO PIÑEROS

141/2019C	RECLUTAMIENTO	H.R. MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO y RUBEN DARIO MOLANO PIÑEROS
142/2019C	PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS	H.R. MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO, JAIRO GIOVANY CRISTANCHO TARACHE y RUBEN DARIO MOLANO PIÑEROS.
143/2019C	OFRECIMIENTO ENGAÑOSO	HR. JOSE JAIME USCATEGUI P.
150/2019C	ARMADA	H.S. JOHN HAROLD SUAREZ VARGAS y el H.R. JUAN DAVID VELEZ TRUJILLO.
152/2019C	HONORES EL CAIRO	H.S. CARLOS MANUEL MEISEL VERGARA
181/20019C.	PAE	H.S. ALVARO URIBE VELEZ, ERNESTO MACÍAS TOVAR, PAOLA HOLGUIN MORENO, AMANDA ROCIO GONZALEZ RODRIGUEZ, NICOLAS PEREZ VASQUEZ, MARIA FERNANDA CABAL MOLINA, CARLOS FELIPE MEJIA, CIRO RAMIREZ CORTES, SANTIAGO VALENCIA GONZALEZ, FERNANDO ARAUJO RUMIÉ, HONORIO MIGUEL HENRÍQUEZ PINEDO, CARLOS MEISEL VERGARA, GABRIEL JAIME VELASCO OCAMPO, JHON HAROLD SUAREZ VARGAS, RUBY HELENA CHAGÜI, ALEJANDRO CORRALES ESCOBAR, JONATAN TAMAYO PEREZ, los H.R. JOSÉ JAIME USCATEGUI, ENRIQUE CABRALES BAQUERO, CESAR EUGENIO MARTINEZ RESTREPO, JUAN FERNANDO ESPINAL RAMIREZ, JUAN DAVID VELEZ TRUJILLO, JUAN MANUEL DAZA IGUARAN, RICARDO ALFONSO FERRO LOZANO
185/2019C	ESTAMPILLA PRO-DESARROLLO DPTAL	H.S.AMANDA ROCIO GONZALEZ
211/2019C	SISTEMA BRAILE	H.S. MARIA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA.
213/2019C	GAS COMBUSTIBLE	H.R.MARIA FERNADA CABAL MOLINA
215/2019C	EL QUE LA HACE LA PAGA	H.R.EDWARD DAVID RODRIGUEZ R.
225/2019C	PROHIBICIÓN AVES DE VUELO	H.R. JHON JAIRO BERRIO LOPEZ
227/2019C	AGENTES ENCUBIERTOS	H.T. GABRIEL JAIME VALLEJO CHUJFI

237/2019C	GUARNIEL-CARRIEL PATRIMONIO CULTURAL	H.S. PAOLA ANDREA HOLGUIN MORENO, ALVARO URIBE VELEZ, SANTIAGO VALENCIA GONZALEZ, NICOLAS PEREZ VASQUEZ, los H.R. JUAN FERNANDO ESPINAL RAMIREZ, ESTEBAN QUINTERO CARDONA, MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO, OSCAR DARIO PEREZ PINEDA, CESAR EUGENIO MARTINEZ RESTREPO, JHON JAIRO BERMUDEZ GARCES, JUAN DAVID VELEZ TRUJILLO, JHON JAIRO BERRIO LOPEZ
239/2019C	PROHIBIR CONSUMO DE DROGAS	H.R. ALVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA, ENRIQUE CABRALES BAQUERO, ESTEBAN QUINTERO CARDONA, JOHN JAIRO BERMUDEZ GARCES, JOSE VICENTE CARREÑO CASTRO, JUAN PABLO CELIS VERGEL, MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO, RUBEN DARÍO MOLANO PIÑEROS, YENICA SUGEIN ACOSTA INFANTE, JOHN JAIRO BERRIO LOPEZ.
240/2019C	REFERENDO	H.R. ALVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA, ENRIQUE CABRALES BAQUERO, ESTEBAN QUINTERO CARDONA, JOHN JAIRO BERMUDEZ GARCES, JOSE VICENTE CARREÑO CASTRO, JUAN PABLO CELIS VERGEL, MARGARITA MARIA RESTREPO ARANGO, RUBEN DARÍO MOLANO PIÑEROS, YENICA SUGEIN ACOSTA INFANTE, JOHN JAIRO BERRIO LOPEZ.
245/2019C	SALUD FUERZAS MILITARES	H.R. CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO, JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA, JOSÉ JAIME USCÁTEGUI PASTRANA, JAIRO GIOVANY CRISTANCHO TARACHE, JOSÉ VICENTE CARREÑO CASTRO, FABER ALBERTO MUÑOZ CERON, HENRY FERNANDO CORREAL HERRERA.
257/2019C	AJUSTE TURISMO	H.R. DIEGO JAVIER OSORIO JIMENEZ, MILTON HUGO ANGULO VIVEROS, LUIS FERNANDO GOMEZ BETANCUR, JOSÉ VICENTE CARREÑO CASTRO,

		CESAR EUGENIO MARTINEZ RESTREPO, YENICA SUGEIN ACOSTA INFANTE, HERNAN HUMBERTO GARZON RODRIGUEZ, JHON JAIRO BERMUDEZ GARCES y otras firmas ilegibles
260/2019C	EXENCIÓN IVA	H.S. MARIA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA, ALVARO URIBE VELEZ, FERNANDO NICOLAS ARAUJO RUMMIE, CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES, los H.R. ENRIQUE CABRALES BAQUERO, DIEGO JAVIER OSORIO JIMENEZ, JUAN MANUEL DAZA IGUARAN, JHON JAIRO BERRIO LOPEZ, HERNAN HUMBERTO GARZON RODRIGUEZ, JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA, JUAN DAVID VELEZ TRUJILLO, JHON HAROLD SUAREZ VARGAS y otras firmas.
261/2019C	SUFRAGANTES	H.S. PAOLA ANDREA HOLGUIN, H.R. JUAN FERNADO ESPINAL RAMIREZ.
265/2019C	450 AÑOS GUADALAJARA DE BUGA	H.S. JOHN HAROLD SUAREZ V
267/2019C	PARTO HUMANIZADO	H.R. JAIRO GOIVANY CRISTANCHO.
276/2019C	USO DE LA GUADUA Y EL BAMBÚ	H.S. MARIA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
289/2019C	AMNISTÍA EMISORAS COMUNITARIAS	H.S. ALEJANDRO CORRALES ESCOBAR, H.R GABRIEL VALLEJO CHUJFI
297/2019C	PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA-SERVIDORES PÚBLICOS	H.S. FERNANDO NICOLAS ARAUJO RUMIE, HONORIO MIGUEL HENRIQUEZ PINEDO, CARLOS FELIPE MEJIA MEJIA, MILLA ROMERO SOTO, ERNESTO MACIAS TOVAR, PAOLA HOLGUIN MORENO, MARIA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA, SANTIAGO VALENCIA GONZALEZ, GABRIEL VELASCO OCAMPO, AMANDA ROCIO GONZALEZ RODRIGUEZ, CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES, NICOLAS PEREZ VASQUEZ, los H.R. ENRIQUE CABRALES BAQUERO, GABRIEL SANTOS GARCÍA, JUAN PABLO CELIS VERGEL, EDWARD DAVID RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JUAN FERNANDO

		ESPINAL RAMIREZ, SAMUEL ALEJANDRO HOYOS MEJIA, JHON JAIRO BERRIO LOPEZ, RUBEN DARIO MOLANO PIÑEROS, CHRISTIAN MUNIR GARCÉS ALJUR y otras firmas
298/2019C	RIO GRANDE DE LA MAGDALENA HIDROVÍA	H.S. CARLOS MANUEL MEISEL V.
299/2019C	FESTIVAL NACIONAL DEL PORRO	H.S. RUBY HELENA CHAGUI SPATH
305/2019C	RESGUARDOS INDÍGENAS	H.R. GILBERTO BAYADO BALLESTEROS
308/2019C	ENTIDADES ESTATALES	H.R. JOSE VICENTE CARREÑO CASTRO
310/2019C	HOMENAJE HEROES LLANEROS	H.S. AMANDA ROCIO GONZALEZ R.
316/2019C	PRÁCTICAS LABORALES	H.S. ALVARO URIBE VELEZ, los H.R. TERESA DE JESUS ENRIQUEZ ROSERO, MILENE JARAVA DIAZ, MONICA LILIANA VALENCIA MONTAÑO
318/2019C	PATRIMONIO PARROQUIA SAN LAUREANO BUCARAMANGA	H.R. OSCAR LEONARDO VILLAMIZAR M.
321/2019C	PARTICIPACION SERVIDORES PUBLICOS	H.R. OSCAR LEONARDO VILLAMIZAR M.
091/2019C	TIQUETES AÉREOS	H.R. ALEJANDRO ALBERTO VEGA P.
097/2019C	PRODUCCIÓN DE CACAO	H.R. RODRIGO ARTURO ROJAS LARA, SILVIO JOSÉ CARRASQUILLA TORRES, ALVARO HENRY MONEDERO RIVERA, JULIAN PEINADO RAMIREZ, JUAN DIEGO ECHAVARRIA SÁNCHEZ, JUAN CARLOS REINALES AGUDELO, JEZMI LIZETH BARRAZA ARRAUT, DIEGO PATIÑO AMARILES, JOHN JAIRO ROLDAN AVENDAÑO, ALEXANDER HARLEY BERMUDEZ LASSO, HENRY FERNANDO CORREAL HERRERA, HARRY GIOVANNY GONZÁLEZ GARCÍA, OSCAR HERNAN SANCHEZ LEON, EDGAR ALFONSO GÓMEZ ROMÁN, ALEJANDRO CARLOS CHACON CAMARGO, NUBIA LOPEZ MORALES, CARLOS JULIO BONILLA SOTO, ALEJANDRO ALBERTO VEGA PEREZ, ANDRES DAVID CALLE AGUAS, CRISANTO PISSO MAZABUEL, NEVARDO ENEIRO RINCÓN VERGARA, VÍCTOR MANUEL ORTIZ JOYA, ANGEL MARIA GAITAN PULIDO, FABIO

		FERNANDO ARROYAVE RIVAS, el H.S. HORACIO JOSE SERPA MONCADA, ELIZABETH JAY-PANG DÍAZ, NILTON CORDOBA MANYOMA y otras firmas.
159/2019C	BUCARAMANGA 400 AÑOS	H.R. NUBIA LOPEZ MORALES.
209/2019C	SEGURIDAD USO BICICLETA	H.R. RODRIGO ARTURO ROJAS LARA
255/2019C	PESCA ARTESANAL	H.R. ELIZABETH JAY PANG.
256/2019C	ARQUITECTURA RAIZAL	H.R. ELIZABETH JAY PANG.
281/2019C	DÍA NACIONAL DEL BIENESTAR	H.R. NUBIA LOPEZ MORLES
303/2019C	HOMENAJE 450 GUACARI-VALLE	H.R. ALVARO HENRY MONERO R.
127/2019C	BANCADAS	H.R. JOSE LUI PINEDO CAMPO, H.S. ANTONIO LUIS ZABARAIN
057/2019C	SISTEMA ELECTRÓNICO DE NICOTINA	H.R. NEYLA RUIZ CORREA
189/2019C	175 AÑOS ITUANGO-ANTIOQUIA	H.R. LEON FREDY MUÑOZ
190/2019C	480 SANTA FE DE ANTIOQUIA	H.R. LEON FREDY MUÑOZ
270/2019C	ESMERALDA PATRIMONIO NACIONAL	H.R. NEYLA RUIZ CORREA
295/2019C	BICENTENARIO SIMONA AMAYA	H.R. NEYLA RUIZ CORREA
063/2019C	HOMENAJE ESTUDIANTES ESCUELA DE CADETES	H.R. FRANKLIN LOZANO DE LA ROSA
039/2019C	TRANSPARENCIA ACTIVIDAD CONGRESIONAL	H.R. EDWIN FABIN DIAZ PLATA
249/2019C	ESTAMPILLA INSTITUTO BELLAS ARTES	H.R. EDWIN FABIN DIAZ PLATA
250/2019C	ANTONIA SANTOS	H.R. EDWIN FABIN DIAZ PLATA
109/2019C	VEHÍCULOS ELÉCTRICOS	H.S. GUSTAVO BOLIVAR
151/2019C	CÓDIGO DE INTEGRIDAD SERVICIO PÚBLICO	SENADOR JOHN MILTON RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, EDUARDO EMILIO PACHECO CUELLO y el Representante a la Cámara CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO.
187/2019C	HOMENAJE VÍCTIMAS BOJAYÁ	MARIA JOSE PIZARRO RODRIGUEZ, DAVID RICARDO RACERO MAYORCA, ABEL DAVID JARAMILLO LARGO, ASTRID SANCHEZ MONTES DE OCA, LEON FREDY MUÑOZ LOPERA, OMAR DE JESUS RESTREPO CORREA.
202/2019C	DÍA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA INDÍGENA	H.R. ABEL DAVID JARAMILLO, CESAR AUGUSTO PACHON CH.
235/2019C	DÍA DE LA MUTUALIDAD	SENADOR JOHN MILTON RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, EDUARDO EMILIO PACHECO CUELLO y el Representante a la Cámara CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO.

236/2019C	DÍA DE LA LIBERTAD PARA EDUCAR	SENADOR JOHN MILTON RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, EDUARDO EMILIO PACHECO CUELLO y el Representante a la Cámara CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO.
228/2019C	BATALLONES DE INGENIEROS MILITARES	Senadores de la República CARLOS EDUARDO GUEVARA VILLABON, ANA PAOLA AGUDELO GARCIA, AYDEE LIZARAZO CUBILLOS y la Representante a la Cámara IRMA LUZ HERRERA RODRIGUEZ

De lo mencionado hasta este momento, podemos observar como los proyectos de ley, terminan siendo un conjunto de solicitudes parcializadas, encaminadas a fomentar un interés particular, pues, no cumplen esa objetividad y seriedad requerida, para la función legislativa, puesto que hablar del día nacional de la champeta en un país como Colombia debería ser más una discusión de un café o de una dinámica académica, mas no de una plenaria del congreso.

Situaciones como estas son las que nos permiten, generar una propuesta frente a la responsabilidad del estado legislador, pues en tratándose de un capital económico y humano tan alto a disposición de los honorables congresistas, no es posible que en los verdaderos temas de importancia nacional se presenten falencias procesales, o de contenido que generen afectaciones a los asociados.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha tenido diferentes argumentos sobre la forma en la cual el demandante debe dirigir su escrito ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues a lo largo de sus múltiples decisiones, se ha planteado la posibilidad de una responsabilidad objetiva o de una responsabilidad subjetiva.

Pero es importante resaltar que estos postulados jurisprudenciales siempre han partido de la ideología constitucional y ética del parlamento, pues por tradición siempre hemos considerado al Congreso de la República como un grupo selecto de altos mandatarios nacionales, y como un grupo de personajes intachables, que solo buscan la representación de los colombianos, lejos estamos de creer hoy esta gran falacia.

Tal y como lo han mencionado los grandes filósofos aquí citados, el Congreso de Colombia, no es más que una pugna de poderes individuales o de pequeñas colectividades, que a lo largo de la historia del país solo han dividido la opinión política de este para gobernar, partidos políticos que lo único que han hecho es dividir el territorio colombiano haciendo fortines políticos las diferentes regiones del país, políticos que no buscan más que una figuración mediática en cada uno de los grandes debates políticos del país, pero que no cumplen de manera ética su función, políticos que terminan siendo indolentes con los diferentes padecimientos económicos, sociales y culturales de los que supuestamente representan, llegando de esta manera al gran desprestigio del que hoy gozan, y de la deslegitimación social de quienes en ellos participan, tal y como se demostró a través de ellos datos consagrados en líneas precedentes.

Es por esta razón, que no es posible seguir generando la discusión de la responsabilidad del parlamento desde la idea clásica de la representación de los menos favorecidos frente al Estado, por el contrario debemos superar esa imagen de grandes elocuentes y optar por desprender esa idea de la representación política con la representación jurídica, tal y como lo menciona Sieyès, de esta forma podríamos exigir como punto de partida, un estudio serio y concienzudo de todos los proyectos que se presentaren ante dicha entidad.

De esta forma podríamos generar juicios jurídicos sobre las diferentes posturas de nuestros parlamentarios, a través de la exigencia de equipos técnicos jurídicos, que obedezcan a criterios objetivos de selección y no a favores políticos o personales, pues a manera de ejemplo solo en el año 2019 la fiscalía solicitó la

apertura de investigación a 31 congresistas, por diferentes delitos, entre ellos y de pronto el más publicado en medios de comunicación hace referencia al proceso en contra de la congresista Aida Merlano por la compra de votos, quien fuera condenada por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 12 de septiembre de 2019, dentro del radicado No 52418, sin olvidar los casos de Musa Besaile, Armando Benedetti, Antonio José Correa, Ciro Rodríguez y Ape Cuello entre otro, de esta forma volveríamos a establecer la prevalencia de un bien jurídico común, a través del control objetivo de las actuaciones de cada uno de los parlamentarios, e incluso de los actos propios de la administración, pues para nadie es un secreto que incluso con el acaecimiento de la emergencia sanitaria, existen también el deber de realizar un estudio serio y concienzudo de todos los decretos legislativos que se han promovido bajo esta situación.

Frente a este último punto, es importante hacer mención, pues si bien es cierto, este no es el parámetro central del presente trabajo académico, resulta de importancia plantear la situación en la cual, el legislador especial, en este caso el ejecutivo, también genera daños a los asociados, y es que dicha situación no resulta de extrañeza, pues a la fecha, teniendo en cuenta la declaratoria de emergencia sanitaria decretada en el país se han expedido más 150 decretos legislativos, en las diferentes áreas de impacto de esta, y a la fecha se ha declarado la inconstitucionalidad de dos de ellos, que curiosamente pueden llegar a generar responsabilidad, pues el primero de ellos decreto 580 de abril 2020, regulaba los subsidios en servicios públicos con motivo del coronavirus, situación que genera unos aportes por parte de los entes territoriales a las empresas de servicios públicos, sin embargo a ser declarado inexecutable por la corte constitucional, por vicios de forma (no contar con todas las firmas de los ministros), dichos subsidios perdieron efectividad, y si dado el caso no se logró el pago por parte de la alcaldía, la empresa de servicios públicos quedaría en una situación de desventaja, pues otorgo los subsidios esperando la formalización por parte del ente territorial, y al decretarse la inexecutable, no tendrá mecanismo diferente a la reparación directa

para ejercer su derecho. El segundo de ellos obedece a la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto 797 de 2020, que regulaba la posibilidad de dar por terminado de manera unilateral los contratos de arrendamiento comercial, sin embargo esta decisión aun no ha sido notificada, razón por la cual es imposible realizar un análisis profundo sobre sus consecuencias jurídicas.

IV. CONCLUSIONES

Una vez revisados los elementos de la responsabilidad estatal, debemos aseverar que para acreditar la responsabilidad del Estado legislador igualmente deberemos demostrar un daño antijurídico, una conducta del Estado y un nexo causal, pues estos requisitos son los que nos permiten constituir la responsabilidad.

En la elaboración, y creación de una ley en Colombia, se podrán presentar diferentes perjuicios a los asociados, pues tal y como lo ha demostrado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en su jurisprudencia, el Congreso podrá afectar de manera directa los intereses de los asociados al Estado colombiano.

Ahora bien, teniendo en cuenta las diferentes situaciones que se pueden presentar en el trascurso de la normatividad expedida por el órgano legislativo en Colombia, no es posible dar por cierta una única fórmula o regla para resolver el grado de imputación en la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

Sin embargo, si es posible afirmar que aquella persona que se encuentre frente a un daño ocasionado con la promulgación de una ley en el ejercicio normal de la función legislativa del Estado podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de reparación directa para que le sean indemnizados los perjuicios que con esta se causen. Sin embargo, respecto del grado de imputación no es posible afirmar que el único que es viable es el grado de imputación subjetivo, pues se deberá realizar una revisión de las circunstancias temporales y de vigencia de la normatividad acusada para lograr desarrollar el grado de imputación de manera acertada.

En conclusión y dando respuesta a la pregunta ¿Las personas que se encuentren afectadas por la expedición de una norma, pueden solo utilizar el grado de imputación subjetivo para garantizar la cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia? Se debe dejar claro que no es el único grado de imputación posible pues es viable

utilizar de igual manera la responsabilidad objetiva en la responsabilidad del Estado legislador y en este entendido se aconseja seguir las siguientes reglas:

1. Cuando se trate de una ley declarada inexecutable se debería utilizar el grado de imputación de la falla en el servicio.
2. Cuando una ley no ha sido objeto del control de constitucionalidad se deberá acreditar un grado de imputación objetivo.

Para acreditar la responsabilidad del Estado legislador se debe demostrar la ocurrencia de un daño antijurídico, con la determinación exacta de los perjuicios, así como el actuar de la entidad pública, y el nexo causal.

La Corte Constitucional a través de sus diferentes fallos ha dado sustento a la responsabilidad del Estado legislador bajo la interpretación del artículo 90 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado no ha tenido una postura clara sobre la responsabilidad del Estado legislador, pues ha presentado teorías sustentadas la misma bajo el grado de imputación objetivo y subjetivo.

La visión moderna del legislativo es contraria a la visión teleológica del mismo órgano, pues desde la perspectiva de los diferentes autores tratados, se observa que existe hoy en día una concepción política que no permite crear la confianza necesaria en sus actos.

Referencias bibliográficas

- Burke E. (1978), Reflexiones sobre la Revolución en Francia, Centro de estudios constitucionales.
- Burke E. (1984), Discurso a los electores de Bristol, Fondo de Cultura Económica.
- Campos. E. D. (2000). Responsabilidad del Estado por acción y omisión del legislador
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A]. 2011. Art 140. [Título III]. (16a ed.) Legis.
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, (marzo 20 de 1956), expediente CE-SCA-1956-03-20, [C.P Méndez, I]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (diciembre 5 de 2005) expediente. 12.158 (C.P. Hernández Enríquez, A, E)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección c (abril 24 de 2013) expediente. 28221 (C.P. Valle de la Hoz, O, M)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (febrero 14 de 1992) expediente. 6477 [C.P. Betancur Jaramillo, C]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (mayo 6 de 1993) expediente. 7428 [C.P. Uribe Acosta, J.C]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (mayo 6 de 1991) expediente. 6784 [C.P. Uribe Acosta, J.C]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (febrero 2 de 1984), expediente 2744 [C.P. Suescun, E]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, (mayo 26 de 2011). expediente 19.944 (R-2743) [C.P. Agudelo, G]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, (julio 29 de 2011). expediente 27228 [C.P. Días del Castillo, S]
- Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, (diciembre 13 de 1995) expediente. S – 470 [C.P. Younes Moreno, D]
- Consejo de Estado, sala plena, (agosto 25 de 1998), Expediente IJ-001. [C, P. Rojas Robles, V]
- Consejo de Estado, Sala plena, (marzo 13 de 2018), expediente 28769, [C, P. Rojas Betancourt, D]
- Consejo de Estado, Sección Tercera, (abril 11 de 2011), expediente 20750, [C.P. Fajardo Gómez, M]
- Consejo de Estado, sección tercera, (febrero 02 de 1995), expediente 9273, [C, P. Montes Hernández, J]
- Consejo de Estado, Sección Tercera, (marzo 26 de 2008), expediente 16530, [C.P. Fajardo, M]
- Consejo de Estado, sección tercera, (marzo 27 de 2014), expediente 27364, [C, P. Rojas Betancourt, D]

- Consejo de Estado, Sección tercera, (marzo 7 de 2012), expediente 20042, [C.P, Andrade Rincón, H].
- Consejo de Estado, sección tercera, (mayo 15 de 2003), expediente 23245, [C, P. Hernández Enríquez, A,E]
- Consejo de Estado. Sección tercera. (octubre 20 de 2014), radicado 30653. [M.P Gil Botero, E]
- Corte Constitucional de Colombia, (abril 22 de 1993). Sentencia C-149/93 de 1993. [M.P. Hernández Galindo, J.G]
- Corte Constitucional de Colombia, (diciembre 10 de 2014). Sentencia C-957 de 2014. [M.P. Ortiz Delgado, G]
- Corte Constitucional de Colombia, (febrero 1 de 2006). Sentencia C-038-06 de 2006. [M.P. Sierra Porto, H, A]
- Corte Constitucional de Colombia, (febrero 8 de 2012). Sentencia C-052 de 2012. [M.P. Pinilla Pinilla, N]
- Corte Constitucional de Colombia, (mayo 2 de 2002). Sentencia T-325 de 2002. [M.P. Araujo Rentería, J]
- Corte Constitucional de Colombia, (octubre 16 de 1996). Sentencia C-543/96 de 1996. [M.P. Gaviria Diaz, C]
- Corte Constitucional de Colombia, (octubre 31 de 2001). Sentencia C-1149 de 2001. [M.P. Araujo Rentería, J]
- Elster, J. & Slagstad R. . *Constitucionalismo y democracia* ,Fondo de cultura economica.
- Garcia, M. C. (2013). La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia, Francia y España.
- Garrido falla, F (1994), El concepto de derecho público en el derecho español, Revista de administración pública, num. 135, septiembre-diciembre pg. 21
- Gunther, J. (1994). La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (1998). *El daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- Hobbes T. (2013) Del ciudadano y leviathan, editorial Tecnos (Original publicado en 1642).
- Moreno, D. Y. (2015). Curso derecho administrativo. (Ed.10) Temis
- Naranjo, V. (1995), *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis
- Penagos, G. (1997). El daño antijuridico. Doctrina y ley
- Pitkin H. F. (1985), El concepto de representación, Centro editor de cultura.
- Schmitt C. (2011), *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial.
- Serrano, L. (2017). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley.

Sieyés E. J. (1991), ¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios, Espasa Calpe.

Tamayo, J. (2014). La responsabilidad del Estado, Biblioteca Jurídica Dike.

Tribunal Administrativo de Antioquia, (julio 3 de 1992), expediente. 25878, [M.P. Cárdenas, H].

Weber M. (2014), Economía y sociedad, fondo de cultura económica