

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA
FUNCION LEGISLATIVA**

JAIME ANDRÉS RIASCOS IBARRA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2013**

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA
FUNCION LEGISLATIVA**

JAIME ANDRÉS RIASCOS IBARRA

**Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo**

**Asesor
Dr. FREDY HERNANDO IBARRA MARTINEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2013**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado son responsabilidad exclusiva de su autor.” Artículo 1 del Acuerdo 324 de octubre de 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Firma del presidente

Firma del jurado

Firma del jurado

Pasto, 25 febrero de 2013

AGRADECIMIENTOS

Para mi es imperativo reconocer la colaboración incondicional y desinteresada que nos han prestado durante la elaboración y presentación de este trabajo, porque sólo así fue posible su culminación.

FREDY HERNANDO IBARRA MARTINEZ	ABOGADO
JAVIER ALBERTO PEÑARANDA MÉNDEZ	ABOGADO
FREDY ENRIQUE MUÑOZ ACOSTA	ABOGADO
ISABEL GOYES MORENO	ABOGADA

Quiero dedicar este trabajo y todo mi recorrido formativo, a las personas que durante el transcurso de mi vida han estado junto a mí, brindándome su sabiduría, apoyo y afecto.

A mi abuelita Omaira Martínez, quien me acogió en su hogar y ha sido mi segunda madre, bañándome con su cariño y consejos durante tantos años.

A mis padres, Sandra y Leonardo, por protegerme, guiarme, quererme y luchar por que pueda dar lo mejor de mí.

A mis hermanos, David y Fredy Daniel, por alegrar mis días y por ser la inspiración para esforzarme a cada momento.

A mi tía Carmen, y mis tíos Franco, Alfredo y Carlos, porque siempre me han brindado su apoyo y han estado a mi lado.

Y finalmente, la persona más importante, mi tío Fredy, porque no sólo le debo la máxima gratitud por brindarme todas las oportunidades que he tenido a lo largo de mi vida, sino por formarme con los mejores valores familiares y profesionales, y por ser mi modelo a seguir.

Jaime Andrés Riascos Ibarra

RESUMEN

El propósito del presente trabajo fue realizar la identificación y análisis del tratamiento que ha tenido la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa en el ordenamiento jurídico colombiano, en aquellos casos en que no existe una regulación expresa, debido a que este tema no ha tenido un desarrollo amplio en la jurisprudencia.

Para cumplir con esta meta se realizó una investigación cualitativa de carácter interpretativo, tomando como fuentes de información y estudio la Constitución Política de Colombia, el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado y algunos criterios doctrinales.

El análisis de esta información presentó como resultado que existen pocos pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado que traten litigios cuyo problema jurídico verse sobre esta forma de responsabilidad estatal, en los cuales únicamente se puede encontrar un caso en el cual se reconoce que el Estado pueda ser declarado responsable por los daños antijurídicos causados por ejercicio de la función legislativa. Sin embargo, el análisis de la normatividad aplicable y de los pronunciamientos emitidos sobre esta figura, permite definir al menos dos casos en que procedería la declaratoria de este tipo de responsabilidad, y que no han sido analizados por la jurisprudencia.

De igual forma, el análisis de los artículos 104 y 140 de la Ley 1437 de 2011, permite determinar que existe actualmente la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para plantear este tipo de controversias.

ABSTRACT

The purpose of this study consisted was to make the identification y analysis of the treatment of state extracontractual responsibility derived from the legislative function in colombian law, in cases without express regulation, because this issue has not been extensive development in case law.

To meet this goal was made an qualitative research whit interpretive character, taking as sources of information and study the Constitution of Colombia, Contentious Administrative Code, Administrative Procedure And Administrative Litigation Code, jurisprudence of the Constitutional Court, jurisprudence of the State Council and some doctrinal criteria.

The analysis of this information presented the result that there are few pronouncements uttered by State Council about cases whose legal problem is about this type state responsibility, in which a case can be found that recognizes the statement that the State is responsible for unlawful damages caused by exercise of the legislative function. However, analysis of the applicable regulations and pronouncements issued this figure, allows identifies at least two cases that allow declare this kind of responsibility, that have not been analyzed by jurisprudence.

In the same way, analysis of Articles 104 y 140 of Act 1437 of 2011, allows to determine that there allows determination of the possibility of going to jurisdiction of administrative litigation to raise such disputes.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	
1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA	17
1.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	17
1.2. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1886	19
2. EJERCICIO DE LA FUNCION LEGISLATIVA EN COLOMBIA.....	27
2.1. FUNCIÓN LEGISLATIVA	27
2.2. AUTORIDADES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA	32
2.3. APLICACIÓN DEL CONCEPTO FORMAL DE LEY Y DELIMITACIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN FUNCIÓN LEGISLATIVA	38
3 LA POSIBILIDAD DE EXIGIR AL ESTADO LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA	39
3.1. PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO QUE MENCIONAN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA	39
3.2. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ORIGINADA EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA: SENTENCIA C – 038 DE 2006	47
3.3. REGULACIÓN DE LA REPARACIÓN DIRECTA EN LA LEY 1437 DE 2011	53
4 CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	58

4.1. LITIS PLANTEADAS ADUCIENDO LA EXISTENCIA DE DAÑO ESPECIAL	58
4.2. LITIS PLANTEADAS ADUCIENDO QUE LA NORMA CAUSANTE DE UN SUPUESTO DAÑO FUE OBJETO DE DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD	63
4.3. LITIS PLANTEADAS ADUCIENDO QUE SE PRODUJO UN DAÑO POR OMISIÓN LEGISLATIVA	73
5 OBSERVACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA	78
5.1. CASOS EN QUE SE RECONOCE LA POSIBILIDAD DE EXIGIR LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS POR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA	78
5.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	80
5.3. CASOS NO ANALIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	87
5.3.1. Casos en que la norma legal fue objeto de declaración de inconstitucionalidad y sus efectos son retroactivos	87
5.3.2. Aplicación de la teoría del daño especial en los casos en que la norma fue declarada inconstitucional y los efectos se extienden hacia el futuro	92
6 CONCLUSIONES	93
7 RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFIA	96

ABREVIATURAS

Artículo, artículos:	art., arts.
Código Contencioso Administrativo:	C.C.A.
Constitución Política:	C.N.
Consejero Ponente:	C.P.

GLOSARIO

DAÑO ANTIJURÍDICO: aquel que una persona no tiene el deber jurídico de soportar. Se fundamenta en la pérdida del equilibrio de las cargas públicas entre los asociados.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: de acuerdo a la sentencia C-069 de 1995 proferida por la Corte Constitucional, consiste en “... *una obligación perentoria para todas las autoridades de la República que, teniendo competencia para adoptar una decisión en relación con una situación determinada, advierten la existencia de una contradicción manifiesta entre la norma aplicable y la Carta Política*”*. En este caso se deberá inaplicar la primera, haciendo prevalecer la segunda, no obstante la decisión sólo tendrá consecuencias para el caso concreto.

FUNCIÓN LEGISLATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO: es aquella función que desarrolla el congreso, sin embargo se entiende que esto es insuficiente debido a que este órgano realiza también otro tipo de funciones.

FUNCIÓN LEGISLATIVA SEGÚN EL CRITERIO FORMAL: es la actividad que se desarrolla acorde con el procedimiento establecido para la producción de leyes, no importa cuál sea su contenido jurídico. Se entiende que este criterio tampoco puede ser definitivo porque el ejecutivo también emite normas con fuerza de ley.

FUNCIÓN LEGISLATIVA SEGÚN EL CRITERIO MATERIAL: de acuerdo a este criterio el fin de la función legislativa es la expedición de normas con fuerza material de ley.

NORMA CON FUERZA MATERIAL DE LEY: es una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: es una forma de controlar la actuación del Estado y proteger a los asociados. Es aquella que se origina por los daños antijurídicos que sean imputables al Estado, causados por un

* Corte Constitucional, Sentencia C – 069 de 1995, M. P.

hecho administrativo, que puede consistir en una acción u omisión de un agente estatal.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: es la responsabilidad estatal que surge de una conducta que se ejecutó conforme a derecho, la cual a pesar de esta circunstancia produce en una persona un daño antijurídico.

RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS: por regla general, las normas jurídicas únicamente extienden sus efectos hacia situaciones ocurridas después de su expedición y entrada en vigencia, fenómeno que se denomina irretroactividad de las normas, el cual consiste en una garantía frente al poder estatal. Sin embargo, en casos excepcionales, es posible aplicar una norma a hechos o situaciones anteriores a su expedición, lo cual se ha denominado retroactividad.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la organización de un Estado con democracia participativa, el papel del legislador reviste gran importancia, debido a que el ejercicio de su función principal es una fuente de legitimidad, pues es concebido como el depositario de la voluntad popular. Tal es la magnitud de su labor, que durante gran parte de la historia, e incluso hasta nuestros días, se ha observado al ejercicio de esta rama del poder público como un acto soberano, el cual no tiene la virtualidad de generar responsabilidad para el Estado.

Sin embargo, dentro de los postulados de Estado Social de Derecho, donde el ejercicio de cualquier función debe estar enfocado en hacer efectivas las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a los administrados, no es admisible que se predique la irresponsabilidad del Estado en la acción u omisión de cualquiera de sus latitudes.

En estas condiciones, es imperativo reconocer la importancia de brindar a los administrados los medios idóneos para que pueda exigir del Estado la reparación de los daños que cause con el ejercicio de la función legislativa, toda vez que la Constitución Política, siendo la norma de normas, le otorgó esa prerrogativa para que sea desarrollada a través del Congreso de la República y, por vía de excepción, por el Presidente de la República.

Es necesario recordar que en la Constitución Nacional de 1886, no había una norma que dispusiera de manera expresa que el Estado debía ser responsable por los perjuicios que cause su conducta, motivo por el cual, esta garantía de los administrados tuvo que ser desarrollada vía jurisprudencial, acogiéndose al contenido del artículo 16 de la mencionada norma fundamental.

Se debe observar que, en la Constitución Política de 1886, no se hacía mención expresa a la responsabilidad patrimonial del Estado y, que en escasos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado se reconoció esta figura jurídica tomando como fundamento normativo el contenido artículo 16, el cual hacía referencia a que el Estado es responsable por la vida, honra y bienes de sus ciudadanos.

Esta realidad fue considerada por la Asamblea Nacional Constituyente, razón por la cual, en la Constitución Política de Colombia se consagró en una norma especial, una cláusula que reconoce el deber del Estado de responder por las acciones y omisiones de las autoridades públicas que causen un daño antijurídico.

De esta trascendental disposición, surge la posibilidad de exigir al Estado la reparación de los perjuicios originados en un daño antijurídico causado el ejercicio de la función legislativa.

Por fuera de esta norma, sólo se podía encontrar en la interpretación del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el mecanismo procesal para hacer realidad la garantía consagrada en el artículo 90 constitucional, en los casos en que el Estado Legislador cause un daño antijurídico a los administrados. Empero, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se observa que ya no se requiere de un ejercicio hermenéutico de tanta complejidad, para definir el mecanismo judicial que permita solicitar del Estado una reparación por tal concepto, gracias a su diseño normativo.

De igual forma, el trabajo realizado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con respecto al tema, ha despejado en gran medida varios de los pormenores de la forma de responsabilidad estatal que se pretende abordar, sin que ello signifique que no existan aún, algunos senderos por recorrer para lograr su adecuada comprensión.

El estudio de las herramientas que permiten la declaratoria de la responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de la función legislativa, así como de los avances realizados por las altas cortes en el tema permite que se propongan nuevas alternativas frente al manejo actual de esta figura.

1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

El ordenamiento jurídico colombiano regido por la Constitución Nacional de 1886 no contemplaba en forma expresa la posibilidad de exigir la reparación de los perjuicios generados por la ocurrencia de daños antijurídicos imputables al Estado, situación que se podía observar con facilidad cuando se tiene en cuenta que la precitada Carta Mayor no contenía una disposición expresa que contemple la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado.

A esta realidad se adhirió la falta de interés por parte del legislador por regular esta forma de responsabilidad del Estado, toda vez que en muy pocos casos produjo disposiciones legislativas en las cuales se determine que debía responder patrimonialmente por los perjuicios causados por su actuación.

Esta situación se atenuó debido a los esfuerzos realizados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado a través de sus providencias, en las cuales se reconoció la responsabilidad extracontractual del Estado en sus diferentes tipos a pesar de no existir norma de derecho positivo que así lo disponga.

1.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

A pesar de que la producción legislativa sobre responsabilidad extracontractual del Estado ha sido escasa, resulta importante reseñar las disposiciones que sobre este tema se han expedido, toda vez que se constituyen como antecedentes del panorama actual de esta temática. De esta forma es posible resaltar las siguientes:

1. Ley de mayo 21 de 1851: el tema objeto de regulación era libertad de esclavos. En esta ley se determinó que se debía indemnizar a las personas cuyo patrimonio fuere afectado por la liberación de las personas que estaban bajo su autoridad. En este sentido se encuentra el artículo 15 en el cual se establecía:

Autorízase al Poder Ejecutivo para que pueda celebrar un tratado público con el Gobierno de la República del Perú, por medio del cual se obtenga la libertad de los esclavos granadinos que han sido importados: el territorio de aquella nación, abonando la Nueva Granada la **indemnización** que haya de darse a los actuales poseedores de aquellos esclavos, en parte de pago de la cantidad

que corresponde a esta República en la que adeudaba la del Perú a la antigua Colombia¹. (negrita fuera del texto)

2. Ley 38 de 1918: regulaba la reparación de los daños ocasionados por la ocupación de bienes inmuebles por motivo de trabajos públicos, la cual remitía al artículo 33 de la Constitución Nacional de 1886.
3. Ley 100 de 1938: prescribía la posibilidad de brindar auxilios para las víctimas del accidente aéreo de Santa Ana ocurrido en agosto de ese año.
4. Ley 39 de 1945: preveía el pago de indemnizaciones a causa de los daños producidos por Alemania durante la segunda guerra mundial a los ciudadanos colombianos ya sea en su persona o sus propiedades. La reparación se realizaba a través de un mecanismo conocido como liquidación de cuota de indemnización, que se la cual se hacía efectiva al patrimonio de los nacionales alemanes que tuviesen intereses económicos en Colombia.
5. Ley 79 de 1931 (el estatuto aduanero): en primer lugar se encontraba el artículo 29 que señalaba los términos de la responsabilidad del Estado cuando tenía ocurrencia la pérdida, daño o entrega equivocada de las mercancías custodiadas en bodegas oficiales.

De igual forma, el artículo 55 reformado por el artículo 2 del Decreto ley 630 de 1942 consagraba que el Estado respondería patrimonialmente por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo y hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal. Esta disposición contenía eximentes de responsabilidad que consistían en que el daño haya ocurrido en razón de un evento de fuerza mayor o por culpa de la víctima cuando se produzca por empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado. Estas disposiciones consagraban lo que se conoce como el régimen de responsabilidad objetiva del Estado.

6. Ley 179 de 1959: consagraba la reparación de los daños ocasionados a las víctimas por la explosión de 16 de agosto de 1957 en la ciudad de Cali.
7. Ley 126 de 1985: fue expedida con ocasión de los sucesos ocurridos en el Palacio de Justicia en noviembre de 1985. Consagraba una pensión vitalicia para los familiares de los funcionarios o empleados de la Rama Judicial o el Ministerio Público que hayan fallecido por homicidio voluntario durante el asalto al Palacio de Justicia.

¹ Ley de 21 de mayo de 1851, art. 15.

8. Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de administración de justicia): en su artículo 65 y siguientes se regula la reparación de los daños antijurídicos ocasionados en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, estipulando como títulos de imputación el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.
9. Ley 288 de 1996: por medio de la cual se establecieron instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos.

1.2. REGIMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1886

En el Código Civil de 1887, tomado de la traducción realizada por Don Andrés bello del Código de Napoleón se regulaba el tema de la responsabilidad extracontractual en el ámbito de los particulares, pero no contenía previsiones referentes a la atribución de esta forma de responsabilidad al Estado.

Una de las concepciones más importantes sobre el Estado afirmaba que éste es soberano, posición que era incompatible con la posibilidad de causar perjuicios reparables a los administrados, o al menos, que debía ser responsable por estos.

Sin embargo, esta postura sufrió un importante cambio en el sentido de aceptar que el Estado es responsable por los daños causados en razón a su actuación, aduciendo como argumento principal que por tener como función obligar a los particulares el reparar los perjuicios causados a otros, no se puede sustraer de cumplir con el mismo deber cuando incurre en una conducta dañosa.

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su competencia jurisdiccional y en conocimiento de litigios entablados en contra del Estado, propendió por el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. Para esta labor se basó en normas de derecho privado a través de un ejercicio interpretativo, puesto que no existía una norma expresa que regule el tema.

Los fallos proferidos en este sentido se basaron en sus inicios en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, en la tesis de la responsabilidad derivada por el hecho de las personas bajo el cuidado. El fundamento principal surgía del deber de escoger adecuadamente a sus agentes y de vigilar su desempeño. Este criterio para determinar la existencia de responsabilidad estaba restringido a que los

daños se ocasionen por los funcionarios en ejercicio de sus empleos o con ocasión de los mismos, en donde se presume la culpa de la persona jurídica la cual solo sería desvirtuada mediante ausencia de esta.

A esta teoría se le conoce como responsabilidad indirecta del Estado, debido a que no se consideraba que el Estado causaba directamente el daño, sino que se le traslada la responsabilidad generada por los perjuicios surgidos del hecho de sus agentes.

En cuanto a la presunción de culpa de la persona moral desarrollada por la responsabilidad indirecta, se debe decir que se originó porque esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente. El fundamento de esta responsabilidad se basaba en los hechos ajenos de las personas naturales.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia en el año de 1939, cambiando hacia la teoría de la denominada responsabilidad directa y dejando de lado la teoría basada en las culpas in eligiendo e in vigilando, por lo tanto se desplazó los citados artículos 2347 y 2349, para aplicar el contenido del artículo 2341 del Código Civil. De acuerdo a esta forma de responsabilidad “La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado”². En este tipo de responsabilidad el Estado se exonera probando un hecho extraño (caso fortuito), hecho de terceros o culpa de la víctima.

Según lo desarrollado dentro de la teoría de la responsabilidad directa, se consideró que no revelan la responsabilidad de la persona jurídica, por tanto desaparece la presunción de culpa desarrollada anteriormente.

La teoría de la responsabilidad directa tomó algunas variantes, de las cuales se destacan dos:

1. Teoría organicista: La persona jurídica tiene dos tipos de agente, “los directores y representantes, depositarios de la voluntad de aquella”³ y; los auxiliares o dependientes, quienes no tenían esa característica. De esta forma, se hizo una diferenciación en cuanto a la regulación aplicable, que obedece a la mencionada división y consiste en que para los eventos en los cuales se involucra la culpa de los agentes depositarios de la voluntad de la administración se aplicaba lo atinente a la teoría de la responsabilidad directa y, en cuanto a los agentes que no gozaban de esta calidad se aplicaría la

² Consejo de Estado, C.P. Jorge Valencia Arango, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482.

³ Ibid.

teoría de la responsabilidad indirecta. Para el primer caso se emplea el art. 2341 y para el segundo caso los arts. 2347 y 2349 del C. C.

2. Teoría de la falla del servicio: Se basa en el deber del Estado de prestar servicios públicos y de reparar los daños ocasionados con las deficiencias e irregularidades en la prestación de los mismos. En esta teoría “la culpa del derecho común, localizada en un agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración”⁴. Para el afectado sólo es necesario demostrar la falla causante y el daño. Se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia seguía basando esta teoría en el art. 2341 del C. C.

Posteriormente, cuando el Consejo de Estado obtuvo la competencia para conocer de los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado*, acogió la Teoría de la falla del servicio, pero con la firme intención de independizar la responsabilidad extracontractual del Estado de las normas del Código Civil, aunque es necesario resaltar que esta intención ya estaba presente con anterioridad.

Dentro de los esfuerzos del Consejo de Estado por apartarse de la normatividad del Código Civil se destaca la Sentencia de 2 de noviembre de 1960, con ponencia del Doctor Carlos Gustavo Arrieta. En esta providencia se afirma que en Colombia, gracias a las normas de la Constitución Nacional y del Código Contencioso Administrativo de la época, se había estructurado “un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado”⁵.

Igualmente, expone la función y aporte de cada norma en la consolidación de la responsabilidad extracontractual del Estado, empezando con el art. 2 de la Constitución Nacional, expresando sobre este que:

Se establece que los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala. Esta norma, por sí sola, consagra las tesis más

⁴ Ibid.

* Es válido recordar la aclaración que realizan los autores Catalina Franco Gómez y Alier Hernández Enriquez en su obra “Responsabilidad Extracontractual del Estado” cuando expresan que antes de trasladarse la competencia de la responsabilidad extracontractual del Estado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en 1964, esta última si había conocido de estos casos y que no fue materia de conocimiento exclusivo de la jurisdicción ordinaria; y que de igual manera la jurisdicción ordinaria siguió conociendo de ciertos casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

⁵ Consejo de Estado, C. P. Carlos Gustavo Arrieta, Sentencia de 2 de noviembre de 1960.

importantes del derecho público moderno: El principio de la legalidad, el de la autolimitación del poder público y el del Estado de derecho, cuya contrapartida necesaria es la responsabilidad. Si los poderes públicos están obligados a actuar dentro de los límites constitucionales, las actividades que desborden esos linderos y que lesionen derechos particulares, han de producir necesariamente consecuencias jurídicas que se traduzcan en el restablecimiento del derecho violado. La infracción a los estatutos y el daño ocasionado, constituyen la fuente de la responsabilidad⁶.

La providencia continúa con el análisis del art. 16 de la Carta Mayor, en el cual se plasman las siguientes consideraciones:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En ese precepto se consagran, en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquellas y estos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades. Si la lesión ocasionada por un tercero implica la indemnización del daño, la que es causada por el mismo protector de ese derecho ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas. La violación del derecho por parte de la administración pública encargada de la misión concreta y específica de ampararlo, conlleva una mayor responsabilidad porque ella debe actuar, por mandato expreso de la Carta, dentro de los límites de la legalidad. Si el Estado hiere el derecho particular y ocasiona daño, necesariamente ha de responder de su acto⁷.

Asimismo, este fallo también menciona que en disposiciones constitucionales del título tercero de la Constitución de 1886 se trata el tema de la responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal de los servidores públicos.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

Además, argumentando a favor de la independencia de esta figura jurídica de las normas de derecho privado, explica que dentro de la misma Constitución y con desarrollo en el Código Contencioso Administrativo, se creó una jurisdicción especial encargada de conocer este tipo de asuntos con las acciones y procedimientos que se le proporcionan un total funcionamiento⁸.

Dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se desarrollaron una serie regímenes de Responsabilidad del Estado como son, la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, los cuales se encuentran basados en un tipo de responsabilidad directa.

En cuanto al régimen de responsabilidad subjetiva, se caracteriza por necesitar que el hecho causante constituya una falla en el servicio para conducir a la declaración de responsabilidad patrimonial. La falla se conoce como el incumplimiento de una obligación estatal, las cuales se encuentran consagradas en el art. 16 de la Constitución de 1886. Por tanto, para que se configure la responsabilidad estatal debían presentarse los siguientes elementos:

- a) Una falta o falla en el servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.
- c) Un Daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.
- d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización⁹.

La doctora Catalina Franco Gómez y el doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez en un aparte de su obra "Responsabilidad Extracontractual del Estado, análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado", consignan un análisis basado en que el Consejo de Estado en sus pronunciamientos realizó una clasificación entre falla probada del servicio y falla del servicio presunta, en la primera se hace referencia en cuanto a que la carga de la prueba correspondía a quien pretendía la

⁸ Ibid.

⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Op. cit.

declaratoria de responsabilidad; en la segunda se hace referencia al ejercicio de “actividades peligrosas” en donde solo es menester probar el hecho dañoso.

Otra de las vertientes adoptadas por el Consejo de Estado es el régimen de responsabilidad objetiva. Para que al Estado le implique este tipo de régimen, es necesario por parte del actor probar el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal entre uno y otro. La exoneración de la responsabilidad se encuentra enmarcada en lo referente a la responsabilidad directa.

De acuerdo a la mencionada obra de los autores Catalina Franco Gómez y Alier Eduardo Hernández Enríquez, dentro de este tipo de responsabilidad se enmarcan los siguientes casos:

1. En lo relacionado con la “responsabilidad del Estado por ocupación de inmuebles generada en trabajos públicos”¹⁰, en la ley 38 de 1918, se determinó que:

“el Estado responde cuando daña u ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos que son aquellos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho público, sobre un bien inmueble y con fines de utilidad o servicio público, deviene consecencialmente, para el Estado, la obligación de indemnizar”¹¹.

Dentro de este tipo de responsabilidad se incluye lo establecido en el art. 33 de la Constitución Nacional de 1886, que consagra “En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

¹⁰ FRANCO GOMEZ, Catalina y HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad extracontractual de Estado por error jurisdiccional. Bogotá: Ediciones nueva jurídica, 2007. p. 15.

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia de 28 de Octubre de 1976, Op. cit.

La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes” (negrita fuera de texto). En este artículo se consagra la responsabilidad del Estado, por expropiación y ocupación de inmuebles en casos de guerra, dentro del cual se evidencia que el Estado siempre será responsable en los casos enmarcados en el presente artículo, atendiendo a que no incide la falla en el servicio sino que concurren los elementos de la responsabilidad objetiva.

2. Referente a la clasificación denominada “Responsabilidad por riesgo”¹², en sentencia de 28 de Octubre de 1976 el Consejo de estado, no reconoce esta figura, puesto que cuando se refiera a ella, lo hace con la finalidad de destacar una falla en el servicio.

Sin embargo como lo afirman la doctora Catalina Franco Gómez y el doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez¹³, en el desarrollo de esta teoría se enmarcó los daños que se causaban por el servicio de energía eléctrica, los cuales se ampliaron posteriormente a lo que se denominó como “actividad peligrosa” es decir el uso de armas de fuego, aeronaves, los vehículos automotores entre otros.

En el desarrollo de estas actividades para exonerar de responsabilidad por parte del Estado, se debía probar la ausencia de falla, la existencia del hecho exclusivo de la víctima, del tercero o la fuerza mayor. Aunado al riesgo que se crea, en el desarrollo de las actividades consideradas como “peligrosas” se tuvo en cuenta las cargas que debían soportar los ciudadanos frente al ejercicio de la actividad pública.

3. Relacionado con el “daño especial”¹⁴: Esta denominación tiene asidero en el evento en que el Estado en ejercicio de sus funciones cause daños con sus actividades, basado en el concepto de equidad que debe estar inmerso en la relación del mismo con los particulares. De esta manera se plasmó por el Consejo de Estado:

A pesar de la legalidad de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias en que tal actividad se desarrolla causa al administrado un daño especial, anormal, considerable superior al que normalmente deben sufrir los

¹² FRANCO GOMEZ y HERNANDEZ ENRIQUEZ, Op. cit., p. 17.

¹³ Ibid., p. 17.

¹⁴ Ibid., p. 19.

ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado¹⁵.

Se encuentra dentro del daño especial casos tales como la desvalorización de la propiedad inmobiliaria particular causada por la construcción de un puente peatonal o el caso de la indemnización de perjuicios por la o reparación por la destrucción de una casa por la acción armada del ejército que perseguía un peligroso delincuente.

4. “Responsabilidad del Estado por bodegajes oficiales”¹⁶.

Este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en el art. 2 del decreto ley 630 de 1942, “disponía que el Estado era responsable por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado”. Esta responsabilidad se fundamenta posteriormente teniendo en cuenta la naturaleza contractual de la figura del depósito de mercancías.

Por último, se debe mencionar que existieron una serie de regímenes especiales. Dentro de este marco se encuentran los daños causados por acto administrativo unilateral ilegal. Teniendo en cuenta que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad es menester demandar dicha presunción. Si bien un acto administrativo unilateral ilegal constituiría una falla en el servicio, pertenece a un régimen especial puesto que se logra identificar la identidad del agente que lo produce, a diferencia de la responsabilidad subjetiva en donde la falta o falla en el servicio es anónima de la administración.

Así mismo, se enmarca dentro de esta clasificación la *actio in rem verso*¹⁷ en la cual el operador de justicia aplica la fuente del derecho denominada enriquecimiento sin causa.

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 28 de Octubre de 1976, Op. cit.

¹⁶ FRANCO GOMEZ y HERNANDEZ ENRIQUEZ, Op. cit., p. 19.

¹⁷ Ibid., p. 21.

2. EJERCICIO DE LA FUNCION LEGISLATIVA EN COLOMBIA

2.1. FUNCIÓN LEGISLATIVA

La función legislativa tiene un papel muy importante dentro de la cultura jurídica colombiana, puesto que la tradición jurídica nacional se encuentra íntimamente ligada a los postulados del civil law o derecho codificado. De esta forma, para la creación del derecho y el desarrollo del ordenamiento jurídico, la actividad legislativa ocupa una de las posiciones centrales.

Por regla general la función legislativa tiene como propósito regular situaciones jurídicas de carácter general, no obstante, es posible que en ciertos casos regulen un tema específico y particular, tomando como ejemplo la creación de un establecimiento público o la supresión de un ministerio.

El ejercicio de la función legislativa, enmarca una gran cantidad de temáticas dentro de las cuales se puede resaltar el reconocimiento general de derechos y la creación de mecanismos para su ejercicio, la regulación de actuaciones tanto de particulares como del Estado, la prohibición de conductas, el conferir atribuciones, señalar la estructura de algunas entidades estatales, la regulación de ciertas materias para el ejercicio del poder público, entre otras.

Básicamente la Constitución Política trae un catálogo con las materias que pueden ser objeto de regulación vía legislativa, el cual se encuentra principalmente enmarcado dentro de sus artículos 150, 151 y 152, aunque existen otras disposiciones que también contienen habilitaciones en ciertas materias para ejercer esta función.

Es importante tener en cuenta que el ejercicio de la función legislativa no sólo implica la posibilidad de expedir leyes, sino de derogarlas, modificarlas e interpretarlas. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse a este tema tratando una demanda de inconstitucionalidad planteada en razón a la derogatoria de unas normas sobre seguridad social, señalando es aquella ocasión:

La función legislativa, primordialmente encomendada al Congreso de la República, comprende no solamente la atribución de expedir las leyes sino que incorpora las de modificarlas, adicionarlas y derogarlas, bien que <sic> ésto último se haga expresa o tácitamente, según la clásica distinción plasmada en la Ley 153 de 1887.

No es de extrañar, entonces, que la primera facultad del Congreso, en ejercicio de la cláusula general de competencia, sea la señalada en el

artículo 150, numeral 1, de la Carta Política: "interpretar, reformar y derogar las leyes".

Si el legislador careciera de competencia para cambiar o suprimir las leyes preexistentes se llegaría a la absurda conclusión de que la normatividad legal tendría que quedar petrificada. Las cambiantes circunstancias y necesidades de la colectividad no podrían ser objeto de nuevos enfoques legislativos, pues la ley quedaría supeditada indefinidamente a lo plasmado en normas anteriores, que quizá tuvieron valor y eficacia en un determinado momento de la historia pero que pudieron haber perdido la razón de su subsistencia frente a hechos nuevos propiciados por la constante evolución del medio social en el que tiene aplicación el orden jurídico.

Estamos, pues, frente a una facultad que no es posible desligar de la función legislativa por cuanto es connatural a ella, toda vez que el legislador está llamado a plasmar, en el Derecho que crea, las fórmulas integrales de aquello que, según su apreciación, mejor conviene a los intereses de la comunidad. Por ello no es extraño que estime indispensable sustituir, total o parcialmente, el régimen jurídico por él mismo establecido, con el objeto de adecuar los nuevos preceptos a los postulados que inspiran su actividad¹⁸.

La función legislativa puede observarse desde un punto de vista orgánico, formal y material, tal como lo explica de manera sucinta Valeria Herran Ocampo, en su trabajo de grado intitulado "El otorgamiento de facultades extraordinarias", según el cual:

Desde el punto de vista orgánico, es la función que desarrolla el congreso... este criterio es insuficiente, ya que el congreso desarrolla también otra clase de funciones que no son meramente legislativas.

Según el criterio formal, es la actividad que se desarrolla acorde con el procedimiento establecido para la producción de leyes, no importa cual sea su contenido jurídico, criterio que tampoco puede ser definitivo porque el ejecutivo también emite normas con fuerza de ley.

A partir del criterio material, el fin de la función legislativa es la expedición de normas con fuerza de ley, criterio que se considera el más adecuado¹⁹.

Esta distinción fue abordada de manera ilustrativa por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 893 de 1999, en la cual hace una diferenciación de la ley en sentido

¹⁸ Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C – 529 de 1994.

¹⁹ HERRAN OCAMPO, Valeria. El otorgamiento de facultades extraordinarias. Bogotá, 2001, 33 - 34 p. Trabajo de Grado (abogado). Universidad Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

material y en sentido formal, apoyándose en la teoría de validez de las normas de Kelsen, para analizar la constitucionalidad de algunos artículos de la ley 393 de 1997, la cual se presenta de la siguiente manera:

3- La doctrina jurídica suele distinguir entre la ley en sentido formal y la ley en sentido materia. Así, en la primera definición prima un criterio orgánico, pues corresponde a una regulación expedida por el legislador, mientras que la ley en sentido material es una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo. Por ende, una regulación es ley en sentido formal y material, cuando emana del órgano legislativo y tiene un contenido general; en cambio es sólo ley en sentido formal si ha sido dictada por el poder legislativo, pero su contenido se refiere a un solo caso concreto; y es ley sólo en sentido material, cuando tiene un contenido general, esto es, se refiere a una multiplicidad de casos, pero no ha sido expedida por un órgano legislativo.

Esta distinción doctrinaria es en parte relevante en la presente discusión porque, en principio, cuando la Constitución habla de las "leyes", en general lo hace en sentido formal, pues hace referencia a los actos producidos por el Legislador, esto es, por el Congreso. Así, el artículo 150 explícitamente establece que corresponde al Congreso hacer las leyes. Por su parte, los artículos 154 a 170 regulan la formación de las leyes, que es el procedimiento por el cual el Congreso expide esos actos, que son sancionados por el Presidente.

...

Así, es cierto que en la Carta predomina un criterio formal para definir la noción de ley; sin embargo la propia Constitución atribuye a ciertas disposiciones, que no son formalmente leyes, por cuanto no son actos expedidos por el Congreso, una fuerza equivalente al de las leyes en sentido formal. Así, el artículo 150 ordinal 10 autoriza al Congreso a que faculte al Presidente a expedir normas con fuerza de ley. Igualmente, decretado un estado de excepción (CP arts 212 a 215), el Presidente puede expedir decretos legislativos, que tienen fuerza plena de ley, en el caso del Estado de Emergencia, pues modifican las leyes vigentes, o que tienen una suerte de fuerza de ley temporal, en los casos de Estado de Guerra Exterior o de Conmoción Interior, puesto que suspenden las leyes que le sean contrarias.

Esto significa que la propia Constitución incorpora la idea de que existen normas que tienen fuerza de ley, por lo cual las expresiones acusadas reflejan esta concepción constitucional. Sin embargo, ¿qué significa específicamente que un determinado acto jurídico tenga "fuerza de ley" o "fuerza material de ley"?

5- El anterior interrogante puede ser claramente respondido si se tiene en cuenta el carácter gradual o escalonado de todo ordenamiento jurídico, y en especial de un sistema normativo fundado en una Constitución escrita rígida. Esta concepción, que encuentra en Kelsen su máximo exponente, significa que un sistema jurídico no es una yuxtaposición desordenada de normas, por cuanto éstas se encuentran ordenadas jerárquicamente. Esto es lo que garantiza la unidad y el carácter dinámico de los ordenamientos, puesto que las disposiciones inferiores encuentran el sustento de su validez en normas de superior jerarquía, en la medida en que hayan sido creadas de conformidad a éstas, y todo el sistema está referido a una norma fundamental (Kelsen) o regla de reconocimiento (Hart), que permite identificar, en última instancia, cuáles normas pertenecen al sistema jurídico en concreto.

Esta estructura jerárquica o escalonada de los sistemas jurídicos implica, necesariamente, que no todas las normas tienen la misma fuerza jurídica, esto es, no todas gozan de la misma capacidad de incidir y modificar el derecho vigente. Así, es obvio que la norma de rango inferior no puede afectar el contenido ni la validez de las normas superiores, ya que se estaría alterando totalmente la estructura y unidad del ordenamiento, que reposa en la idea de que unas normas superiores sirven de sustento de validez a otras inferiores. Por ende, la ordenación jerárquica de las normas implica una cierta jerarquización de la fuerza jurídica de las distintas formas normativas. Así, una norma de una determinada jerarquía puede modificar normas de la misma jerarquía y normas inferiores, y ninguna disposición de una determinada jerarquía puede ser modificada o derogada por normas inferiores.

6- Esta estructura escalonada del ordenamiento es muy clara en el sistema jurídico colombiano, que es un ordenamiento normativo jerarquizado, en donde la cúspide la ocupa la Constitución, que es norma de normas (CP art. 4). A su vez, por debajo de la Constitución encontramos otras formas normativas que también se encuentran jerárquicamente ordenadas. Por ejemplo, y en forma muy simplificada, es claro que un acuerdo de un concejo municipal no puede alterar una ordenanza departamental, y que ésta, a su vez, debe respetar los decretos del Gobierno Nacional, los cuáles no pueden tampoco modificar las leyes expedidas por el Congreso. Por consiguiente, estas distintas formas normativas, en la medida en que se encuentran en grados diversos del ordenamiento jurídico, presentan una diferente fuerza jurídica. En ese orden de ideas, la expresión "con fuerza de ley" o con "fuerza material de ley" significa que un acto normativo, que no es formalmente una ley, por no haber sido expedido por el Congreso, tiene sin embargo, debido al sistema de fuentes desarrollado en la Carta, el mismo rango jerárquico de las leyes, y por ende puede derogar y modificar otras leyes y, a su vez, no puede ser alterado sino por normas

de igual o superior jerarquía, esto es, por la Constitución, por otras leyes, o por otras normas con fuerza de ley.

7- Conforme a lo anterior, es claro que el cargo de los actores carece de todo sustento pues una ley, en sentido formal, tiene, por el sólo hecho de ser una ley, una fuerza material de ley, esto es, puede derogar o modificar otras leyes, y no puede ser derogada sino por normas de igual o superior jerarquía. Por ende, no encuentra la Corte que puedan existir casos en que una ley -en sentido formal- se encuentre desprovista de fuerza material de ley, por lo cual no es cierto que las expresiones acusadas restrinjan el alcance de la acción de cumplimiento, tal y como se encuentra definida en el artículo 87 de la Carta. Por ello, esta Corporación, en la sentencia C-157 de 1998, MP Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara, al declarar la constitucionalidad del artículo 1º de esta ley, que incluye la expresión "con fuerza material de ley", precisó que ese aparte "está indicando que se trata de hacer efectivos mandatos del legislador, provenientes del Congreso o del Gobierno en ejercicio de funciones legislativas"²⁰.

Se puede observar entonces, que en Colombia, se aplica el criterio formal de Ley, por lo que su fuerza material deriva de que se haya agotado los procedimientos establecidos para su expedición, ya sea por parte del Congreso o por el Presidente.

De acuerdo a la explicación del Doctor Juan Manuel Charry U., el desarrollo legislativo se previó de tres formas en la Constitución Política de 1991:

i) Estableciendo ordinariamente la reglamentación obligatoria en las diversas normas constitucionales. Eso es, defiriendo a la ley el desarrollo de la correspondiente institución.

...

ii) Atribuyendo facultades extraordinarias al presidente de la república y convocando un cuerpo legislativo especial con poder de veto, para dar desarrollo inmediato a instituciones creadas por la nueva constitución... y de otra parte, para dictar normas que iniciaran la transición y evitaran el vacío que se pudiese generar con la promulgación del nuevo orden...

iii) Otorgando facultades especiales y transitorias al gobierno, particularmente en lo que tiene que ver con la administración pública y el presupuesto de las nuevas instituciones²¹.

²⁰ Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C – 893 de 1999.

²¹ CHARRY U. Juan. Sistema normativo de la constitución de 1991. 2 ed. Bogotá: Temis, 1997. p. 45 – 46.

De aquí se puede extractar que una de las finalidades de la función legislativa, consiste en desarrollar los postulados contenidos de la Carta Suprema, toda vez que en muchos casos no pueden aplicarse por su nivel abstracción o porque la materia que tratan necesita de un alto grado especificidad para poder adaptarse a un caso concreto; no obstante, siguiendo lo planteado por la Sentencia C – 893 de 1999, a pesar de que la producción legislativa no haya sido encaminada en este fin, tendrá el estatus de ley.

De este panorama es posible afirmar que el propósito de la función legislativa es la producción legislativa, por lo cual es necesario analizar algunas características de dicho producto:

- a) En principio, en la tradición colombiana la Ley ha sido el método de regulación jurídica de la sociedad por excelencia.
- b) De acuerdo al diseño del ordenamiento jurídico colombiano, la ley goza de un estatus privilegiado, puesto que se ubica en el escalón inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución* en la pirámide invertida de Kelsen, sin que existan otras normas que posean un estatus mayor y frente a las cuales deba verificar su validez. Esto puede corroborarse al observar el artículo 230 de la Constitución Política, según el cual “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*”²², dejando a otras fuentes como criterios auxiliares para el ejercicio de la actividad judicial.
- c) La ley tiene aplicación directa, es decir, a menos que se imponga alguna condición para su ejecución, debe aplicarse de manera obligatoria desde el momento en que entra en vigencia.
- d) Una disposición normativa tendrá el estatus y la fuerza material de ley siempre y cuando haya sido expedida mediante el agotamiento del procedimiento establecido para ello, sin importar la materia de que trate.

2.2. AUTORIDADES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

La titularidad de esta función en Colombia se encuentra radicada principalmente en el Congreso de la República²³, siendo éste un cuerpo colegiado de elección popular que ejerce la representación de la voluntad popular²⁴, mediante la aplicación de una serie de procedimientos que difieren de acuerdo a la temática que se pretende regular.

* Es necesario aclarar que se hace alusión al bloque de constitucionalidad.

²² Constitución Política, Artículo 230.

²³ Ibid., arts. 114, 150, 152 y 153.

²⁴ Ibid., art. 133.

En primera medida, el Congreso tiene la facultad de expedir leyes sobre cualquier tema, tal como lo habilita la Carta Fundamental en la siguiente disposición:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”.

A pesar de esto, existen límites al ejercicio de la función legislativa, los cuales se encuentran principalmente en el ejercicio de las funciones de las otras ramas del poder público.

No obstante, el Congreso de la República no ejerce de manera exclusiva la función legislativa, toda vez que, de manera excepcional, esta puede ser ejecutada por el Presidente de la República en determinadas situaciones:

1. Cuando el Congreso lo reviste de facultades especiales para proferir decretos con fuerza material de ley.
2. Cuando se declara los estados de excepción y expide decretos legislativos.

La primera de estas situaciones se encuentra prevista en el numeral 10 del artículo 150 constitucional, el cual consagra el término máximo que posee para ejercitar este tipo de función, las condiciones que deben presentarse y las limitaciones a su ejercicio:

Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos²⁵.

²⁵ Ibid., art. 150 numeral 10.

El ejercicio de la función legislativa por parte del Presidente, corresponde a una situación de carácter excepcional en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que su detentador por excelencia es el Congreso de la República, lo cual explica que se encuentre limitada en el tiempo a seis meses. Es necesario anotar que esta es una práctica que se encontraba señalada en el numeral 10 del Artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, la cual fue incorporada con mayores restricciones por la Carta Fundamental de 1991. Sobre el ejercicio de este tipo de facultad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones, como es el caso del Auto A049 de 2008, en el que expresó:

3.2.2. El ejercicio de facultades extraordinarias por parte del Ejecutivo, en cambio, surge de la competencia del Congreso para revestir al Presidente de la República para que expida normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje (Art. 150-10 C.P.). Al respecto, la Sala resalta que estas facultades tienen carácter restrictivo, ya que sólo pueden versar sobre las materias precisamente delimitadas por el Congreso, asuntos de los que están excluidos la expedición de códigos, leyes estatutarias y orgánicas, las normas que crean los servicios técnicos y administrativos de las cámaras y aquellas que decretan impuestos. Igualmente, las facultades extraordinarias, contrario a la potestad reglamentaria, tienen naturaleza *pro tempore*, pues el Congreso puede conferirles sólo hasta por seis meses. Por último, dichas facultades no hacen parte de la competencia ordinaria del Gobierno Nacional, como sí sucede con las facultades reglamentarias, en tanto (i) deben ser explícitamente conferidas por el Congreso; (ii) su concesión depende de la solicitud que de las mismas realice el Ejecutivo.

El Tribunal Constitucional se ha referido igualmente a las características de esta figura, las cuales se señalan de manera específica en la sentencia C - 1028 de 2002 en el siguiente extracto:

Según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República por medio de leyes, revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Así, pues, mediante este expediente el Congreso delega en el Ejecutivo su competencia legislativa para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo.

Este fenómeno de la habilitación extraordinaria para legislar, que está reconocido ampliamente en el derecho constitucional comparado, se justifica por distintas razones como la necesidad de aliviar la carga de trabajo del órgano legislativo, el marcado intervencionismo estatal en distintos campos, y la dificultad que en algunas oportunidades supone la regulación de una materia por parte del legislativo debido a su complejidad técnica, entre otros motivos.

El revestimiento de facultades extraordinarias para legislar comporta realmente una delegación, pues se trata de que el Congreso fundado en su propia competencia atribuya al Presidente de la República los poderes legislativos necesarios para que regule determinada materia en forma tan legítima y eficaz como lo haría él mismo, dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en la misma ley donde hace tal delegación.

Al regular la institución de la delegación legislativa, el artículo 150-10 de la Constitución Política establece una serie de cautelas que están orientadas a impedir que el legislador al autorizar extraordinariamente el Ejecutivo se desprenda definitivamente de su competencia legislativa mediante una habilitación en blanco, o lo que es lo mismo, una entrega de plenos poderes; y, obviamente, también esos parámetros están destinados a evitar que el Ejecutivo pueda emplear la delegación para fines distintos de los previstos en la norma habilitante.

La norma superior en comento establece unos límites que deben ser observados por el Congreso en la ley habilitante, so pena de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la delegación.

La primera de estas exigencias consiste en que la delegación legislativa deba hacerse en forma expresa, y en concreto. No es posible, en consecuencia, entender que la delegación legislativa se ha hecho de modo implícito, sino que debe contar con una expresa manifestación de voluntad del Congreso en la que haga constar claramente que autoriza al Gobierno para dictar normas con rango de ley.

La segunda exigencia se refiere a que la delegación legislativa esté sujeta a un tiempo de duración, es decir, que no puede ser perpetua, sino que debe estar sometida a un plazo o término. Por tanto, la ley de delegación debe fijar el plazo máximo dentro del cual ha de ejercerse la potestad delegada, la cual expira vencido el mismo sin haberse ejercido, pues en ningún caso podrá entenderse que la delegación se hace por tiempo indeterminado. Según el artículo 150-10 Fundamental la delegación es hasta por seis meses.

Pero además, es indispensable que la delegación legislativa que efectúa el Congreso en la respectiva ley de facultades se haga para una materia concreta, específica. Al efecto, en dicha ley no sólo se debe señalar la intensidad de las facultades que se otorgan sino que, además, se ha de fijar su extensión determinando con precisión cuál es el objeto sobre el

cual el Presidente ejercerá la facultad legislativa extraordinaria que se le confiere, lo cual no significa que el legislador en la norma habilitante necesariamente deba entrar a regular en forma detallada la materia sobre la cual versan dichas facultades, pues como bien lo ha advertido la jurisprudencia tal habilitación *“perdería su esencial razón de ser, o sea, la de otorgarle al Gobierno competencia legislativa extraordinaria, y devendría ley ordinaria y haría inútil o nugatorio el decreto extraordinario. Lo que exige la Constitución es su claridad, su inequívocidad, su delimitada y concisa expresión normativa, pero no su total expresividad.”*²⁶

De otra parte, es necesario mencionar que la prohibición referente a conceder facultades extraordinarias al Presidente en materias atinentes al numeral 20 del Artículo 150 de la Carta Mayor ha sido objeto de pronunciamientos por parte del Órgano Máximo de la Jurisdicción Constitucional, manifestando que se trata de un error con respecto al cambio de numeración al momento de redactar la norma, situación que se explica con claridad en el siguiente aparte:

Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corte, pese a la letra de la compilación oficial del texto constitucional de 1991, que remite en la materia al numeral 20 del artículo 150 C.P., para estructurar la prohibición en cuanto al otorgamiento de facultades extraordinarias.

De una parte, la estructura misma del sistema de leyes marco exige la existencia de dos momentos en la actuación estatal, nítidamente diferenciados entre sí, que no pueden coincidir en cabeza de la misma autoridad sino que, por el contrario, deben hallarse distribuidos en el Congreso y el Ejecutivo, cuyas decisiones -generales unas, específicas las otras- se complementen entre sí para alcanzar los fines que la Constitución señala.

En ese sentido, en especial en lo relativo a una función que antes fue exclusivamente del Gobierno (art. 120, numeral 14, de la Constitución derogada), y que dejó de serlo por expresa y deliberada voluntad del Constituyente, no se concibe la posibilidad de una delegación legislativa, o la entrega por parte del Congreso de su potestad, propia y natural, de fijar las grandes políticas en el campo financiero para ser desarrollada por el Presidente de la República.

A la luz de la Constitución, aunque la prohibición del artículo 150, numeral 10, no fuera tan expresa y contundente, mal estaría admitir que el Gobierno se pudiese autorizar a sí mismo, aun revestido de poderes extraordinarios, para regular las materias de ahorro y crédito, y menos que le fuese dado estipular, para él, un marco de actuación exento de la restricción inherente a la figura constitucional que se estudia. Esta supone

²⁶ Corte Constitucional, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C – 1028 de 2002.

una doble competencia en etapas sucesivas, para que, evitando la concentración funcional en manos del Ejecutivo, sea otro órgano del Estado -el legislativo- el que, al expedir reglas, criterios y pautas, delimite y controle por anticipado las gestiones de aquél.

Por otra parte, como lo ha recalcado en varias ocasiones la doctrina de la Corte Constitucional, la remisión del numeral 10 al 20 del artículo 150 de la Carta no obedeció más que a una lamentable inadvertencia al producirse un cambio de numeración en los ordinales del precepto (Cfr., entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-417 del 18 de junio de 1992. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz, y Sentencia C-608 del 23 de agosto de 1999, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), pero jamás a prohibir la concesión de facultades extraordinarias al Presidente para el efecto, mucho más cercano a su propia función, de "crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras". Esto último habría carecido de toda fundamentación razonable, y también la correlativa circunstancia de que materias tan importantes como las señaladas en el numeral 19 del mencionado artículo hubiesen quedado expuestas sin limitación al otorgamiento de esas autorizaciones, permitiendo al Congreso marginarse -por la vía de la delegación- de una de sus esenciales atribuciones en el contexto de la nueva Carta Política.

Añádase a lo dicho que, en esa hipótesis, no se habría hallado razón para descartar la posibilidad de facultades extraordinarias con el objeto de expedir códigos, leyes orgánicas y leyes estatutarias, dando en cambio a las leyes marco un trato amplio y flexible, injustificadamente distinto²⁷.

Sobre las facultades legislativas que puede ejercer el Presidente de la República durante los estados de excepción, es necesario remitirse a los Artículos 212, 213, 214 y 215 de la Carta Suprema. Se afirma que los Decretos Legislativos que expide el Presidente durante los estados de excepción son ley en sentido material debido a las potestades que pueden ejercer en virtud de estos, toda vez que tienen la virtualidad de suspender las leyes incompatibles con el estado de excepción²⁸, establecer en forma transitoria tributos o modificar los existentes²⁹ y regular casi todo tipo de materias que tengan relación directa y específica con el estado de excepción³⁰. Otra característica que lleva a este tipo de actos jurídicos al terreno de la ley consiste en que pueden ser reformados únicamente por el Congreso de la República³¹, incluso llegando al punto de limitar esta facultad*. Al

²⁷ Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C – 700 de 1999.

²⁸ Constitución Política, arts. 212 y 213.

²⁹ Ibid., art. 215.

³⁰ Ibid., arts. 212, 213, 214 y 215.

³¹ Ibid., arts. 212 y 215.

* Esto se ilustra con claridad al observar la limitación que se impone al Congreso en el Artículo 215 de la Constitución Política de Colombia: "...El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la

igual que la ley, estos actos son objeto de control de constitucionalidad el cual se radica en la Corte Constitucional.

2.3. APLICACIÓN DEL CONCEPTO FORMAL DE LEY Y DELIMITACIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN FUNCIÓN LEGISLATIVA

Dentro del tema de estudio, resulta importante delimitar estas dos cuestiones, debido a que permiten identificar los casos en los cuales se puede buscar la indemnización de perjuicios derivados del ejercicio de la función legislativa, desde el punto de vista de la norma que debe originar el daño. Como se explicó anteriormente, en Colombia se aplica el criterio formal de ley, por lo que la actividad legislativa se concretará en la producción de una disposición normativa que haya agotado los procedimientos establecidos para la conformación de las leyes. En igual sentido, únicamente se podrá considerar el ejercicio de la función legislativa cuando se encuentre en cabeza del Congreso de la República y, excepcionalmente en el Presidente, sólo en aquellos casos en que haya sido revestido de facultades extraordinarias así como al expedir decretos legislativos durante los estados de excepción.

emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo”.

3 LA POSIBILIDAD DE EXIGIR AL ESTADO LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

En Colombia se ha presentado el debate sobre la existencia de responsabilidad del Estado originada en el ejercicio de la función legislativa, cuando las circunstancias que originan el daño no se encuentran establecidas de manera expresa en una norma. Frente a esto, se puede encontrar que dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, ya se había planteado el tema de manera tangencial para ilustrar casos que versaban sobre otras formas de responsabilidad y, que con posterioridad al 6 de julio de 1991, se ha mantenido esta práctica. De manera específica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo también ha tenido la oportunidad de conocer procesos en los cuales se pretende la reparación de los daños ocasionados por la actividad legislativa, en los que se determina de manera directa si es posible exigir judicialmente que el Estado repare los posibles que hubiese causado, no obstante, estos pronunciamientos serán objeto de análisis en el capítulo 5 de este trabajo.

De otra parte, es necesario mencionar que dicho debate se ha extendido también a los fallos de la Corte de la Constitucional, resaltando la importancia que tiene la Sentencia C – 038 de 2006 dentro del estudio de esta forma de responsabilidad, toda vez que estudió la constitucionalidad del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo dentro de los parámetros de la responsabilidad del Estado frente a la actuación de otras ramas del poder público.

Desde estas perspectivas se realiza el análisis dirigido a definir si el ordenamiento jurídico Colombiano permite que en sede judicial se obtenga la reparación de daños causados por el ejercicio de la función legislativa, observando también la normatividad aplicable que contenida en la Ley 1437 de 2011 y que entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2012.

3.1. PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO QUE MENCIONAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

En primer lugar se encuentra la Sentencia de octubre 18 de 1990 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Julio Cesar Uribe Acosta. En este fallo, se analizó una demanda que tenía como propósito lograr la reparación de los perjuicios causados

a una empresa distribuidora de licores, por la supuesta imposición de impuestos realizada mediante una ordenanza.

Dentro de las consideraciones expresadas por la sala de decisión, se toma un recuento de los pronunciamientos del Consejo de Estado Francés sobre la responsabilidad del estado por el hecho de la Ley, citando la obra del tratadista Jean Rivero, en la cual se trata inicialmente el caso Sté des produits laitiers "La Fleurette", en los siguientes términos:

"a) La solución reposa en la INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización".

"b) La responsabilidad se basa en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas - la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso La Fleurette, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas".

"c) El interés general en nombre de cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia La Fleurette, los productores de leche): Se acuerda una ventaja a unos imponiendo una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar".

"d) Finalmente la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral, ni peligrosa para la colectividad

Esta jurisprudencia, muy notable en teoría, no tuvo durante mucho tiempo sino un alcance práctico muy limitado: no recibió, después de la sentencia La Fleurette, sino una sola aplicación (.E. 21 de enero de 1.944 Caucheteux et Desmont, Rec., p. 22). Luego el Consejo de Estado afirmó el principio (1o. de diciembre de 1.96 1, Lacombe, D., 1.962, p. - 89): lo aplicó en beneficio de un propietario que, habiendo obtenido un fallo de expulsión contra un inquilino cuyo hijo servía en Argelia, no había podido obtener la ejecución, por haber prohibido el legislador en ese tiempo tales expulsiones, imponiendo así a los propietarios cuyos inquilinos o miembros de su familia habían sido movilizados a Argelia, una carga especial, grave y excepcional (25 de enero de 1.963, Bovero, JCP, 1.963,

No. 13.326,y la nota del decano Vedel). Algunos han visto en esta decisión ' una ampliación de la jurisprudencia anterior, y una admisión más franca de la responsabilidad del legislador. Pero la cuestión, desde entonces, no se ha planteado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimistas.

"Las soluciones que se acaban de analizar han sido recientemente trasladadas de la ley al tratado internacional: el Estado ha sido condenado a indemnizar a la víctima por un perjuicio grave y especial debido a una convención internacional.(C.E.,30 de marzo de 1.966, p. 381; 29 de octubre de 1.976, Burgat, A.J., 1.977, p. 56)...³².

Es importante señalar que, si bien la Sala de Decisión encontró que no se trataba de un fallo que pudiera analizarse desde la óptica de la responsabilidad del Estado derivada de la función legislativa, reconoce expresamente que "... *bien podría abrirse paso, por la vía <sic>jurisprudencias, este nuevo frente de responsabilidad del estado legislador*"³³, señalando "... *que dentro de la filosofía jurídica que se deja expuesta, es posible que... se abra paso un régimen de responsabilidad, que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado - Legislador, pero dentro del temperamento que se deja estudiado...*"³⁴. Aunque, este último comentario se inclina hacia los planteamientos de Georges Vedel, toda vez que hace alusión a su obra "Derecho Administrativo", de la cual extracta lo siguiente:

"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

³² RIVERO, Jean. Tomado de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Sentencia de octubre 18 de 1990, Rad. 5396.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 18 de 1990, C. P. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Rad. 5396.

³⁴ Ibid.

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".

"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)"³⁵.

De esta forma se encuentra que se reconoce la posibilidad de declarar al Estado administrativamente responsable por los daños ocasionados en ejercicio de la función legislativa, limitándola a los postulados expuestos por Georges Vedel, es decir: 1) negando se pueda producir por una falla o falta en la actividad legislativa y; 2) la existencia de un mínimo de consentimiento otorgado por el mismo legislador, el cual se fundamente en la teoría del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas.

En el año 1995, se volvió a mencionar el tema, tratando el caso de una demanda de reparación directa que tuvo su génesis en los perjuicios ocasionados por la muerte de una persona en la toma del Palacio de Justicia en noviembre de 1985.

En esta providencia, la sala de decisión trata el tema de la supuesta irresponsabilidad del Estado en ciertos temas, manifestando que:

La construcción de la irresponsabilidad del Estado fundada en su soberanía, es teoría completamente superada en el panorama jurídico Universal y en nuestro Derecho.

³⁵ VEDEL, George, Derecho Administrativo. Tomado de Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 18 de 1990, C. P. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Rad. 5396.

Si bien la instauración del Estado de Derecho y de la sujeción de aquel al ordenamiento jurídico, como supuesto básico del sistema, no desencadenó de inmediato la obligación estatal de reparar los daños que causara a los particulares con su acción, no hay duda de que constituyó fundamento político necesario para la implantación posterior del instituto indemnizatorio.

Relegadas ciertas formulaciones políticas del *ancien régime* tales como aquella que desligaba al príncipe del orden jurídico (*princeps legibus solutus est*) a través del principio de legalidad y de la concepción del Estado como persona jurídica, paulatinamente se empieza a consagrar y a consolidar el principio de responsabilidad que, en la época actual, es considerado como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho.

Este tránsito se produce, como lo recuerda el profesor Eduardo García de Enterría, de maneras diversas según los países; los anglosajones, (Inglaterra y Estados Unidos), buscaron la fórmula legislativa; España sigue esa misma vía; Francia encuentra la salida por medio de la creación jurisprudencial; Alemania hace una combinación de tales mecanismos....etc³⁶.

De igual forma, transcribe algunos apartes de la obra del maestro León Duguit, en los cuales se rechaza que el Estado pueda ser responsable por los daños causados por su producción legislativa, bajo el entendido de que tal actividad se realiza en ejercicio de la soberanía, aduciendo que no puede equivocarse (teoría de que el rey no puede hacer mal) y que por crear el derecho no puede violarle.

No obstante, esta posición es rechazada por la sala de decisión, expresando que no se encuentra en Colombia un momento histórico en el cual haya operado de manera plena la tesis de la irresponsabilidad y que poco a poco se abrieron las puertas llevar la actividad estatal al terreno de la responsabilidad, por lo que señala:

Como se ve, al origen de la teoría existen ciertas zonas de la acción estatal frente a las cuales se continuó aplicando la tesis de la irresponsabilidad, en unos casos, y, otras para los cuales su deducción se condicionó a ciertas exigencias especialmente rigurosas, tales como la existencia de “faltas manifiestas y de particular gravedad”, o de “faltas administrativas graves”, para algunos servicios públicos. En el primero de los renglones indicados, se situaron por ejemplo, las leyes, los actos

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 2 de 1995, C. P. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ. Rad. 9273.

jurisdiccionales y los actos de gobierno, los cuales, sin embargo, con el paso del tiempo fueron formando parte de la acción “responsable” del Estado, disminuyendo, hasta su extinción, los casos de irresponsabilidad en buena parte de los regímenes jurídicos.

Y, en cuanto a los segundos, las exigencias se fueron eliminando o disminuyendo su rigurosidad, de modo que se facilitó notoriamente la responsabilidad patrimonial a cargo de las personas jurídicas de Derecho Público.

Recorrido similar ha seguido nuestro derecho en el cual, por lo demás, no se conocen antecedentes importantes que permitan señalar una época del Estado patrimonialmente irresponsable; de modo que las afirmaciones de la demandada resultan francamente inaceptables, bien como teoría general, bien como tesis particular para el Estado Colombiano.

Ya la Corte Suprema de Justicia, para entonces encargada de la guarda de la Constitución, en sentencia de 15 de noviembre de 1984, examinando la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto Extraordinario No.01 de 1984, en lo atinente al control jurisdiccional de los denominados “actos políticos o de gobierno”, dijo “que la distinción entre el acto administrativo y acto político o de gobierno, es una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, puesto que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación que por mayor o sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos, que no servirá para excluir tales actos del control jurisdiccional”.

Esta concepción jurisprudencial corre pareja con las tesis jusadministrativistas contemporáneas que pretenden reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado con el objeto de sujetar la totalidad de su acción al imperio del Derecho y al examen del contralor jurisdiccional, y, por lo tanto, a la posibilidad de que comprometa la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas de Derecho Público. En este propósito han revestido especial importancia las reflexiones del profesor García de Enterría al establecer las diferencias entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, ideas que han sido acogidas en oportunidades diversas por la jurisprudencia española y por la colombiana.

Son estas concepciones las que se respiran en el conjunto normativo de la Constitución Política vigente desde 1991, en especial en el artículo 90 o

cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado y que, bajo la Carta Política anterior, habían sido deducidas, por interpretación sistemática y luego de una lenta pero decidida elaboración por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art. 1o. de la C.N.), so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de 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 impunemente daños antijurídicos a los asociados³⁷.

En el año 2003, el Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoció el recurso de la apelación contra un auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que rechazó una demanda presentada en la búsqueda de la reparación de los daños causados por los Decretos Ley 1064 y 1065 de 1999, los cuales pretendían la liquidación de la Caja CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A. y suprimieron los empleos de los trabajadores oficiales de dicha entidad. Básicamente, los cargos de la demanda de reparación directa sostenían que los Decretos Ley causaron un daño antijurídico a la parte demandante porque le privaron de su empleo y estos fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional. El rechazo de la demanda se originó en que supuestamente había caducado la acción, toda vez que el a quo aducía que “...el hecho generador del daño fue la expedición ilegal de los Decretos 1064 y 1065 del 26 de junio de 1999, de donde concluyó que siendo la causa del perjuicio un acto administrativo, *“la acción procedente para éste (sic) caso, era la de nulidad y restablecimiento del derecho...”*”³⁸. Frente a esto, la Sala de Decisión decidió revocar el auto, señalando que:

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.

³⁷ Ibid.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Auto de mayo 15 de 2003, Rad. 23245.

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 rechazada³⁹.

A pesar de que esta providencia no resuelve el fondo del asunto, se realiza dos consideraciones importantes: i) Los actos declarados inexecutable pueden causar daños que se deben reparar siempre y cuando se acrediten debidamente; ii) La inexecutable no genera responsabilidad por sí sola, pero si puede ser el indicio de la presencia de una falla en el servicio.

Para el año 2007, ya realizado el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el tema en Sentencia C – 038 de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado conoció de una acción de reparación directa cuyo origen se encuentra en los supuestos daños causados por la aplicación de un acto administrativo expedido conforme a derecho⁴⁰. En dicho pronunciamiento se realiza algunas consideraciones sobre la responsabilidad estatal por el hecho del legislador, iniciando con un recuento histórico sobre la experiencia de Francia y España, para continuar con el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado al tema en Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, sin realizar otro tipo de aporte o consideración al respecto.

Como se puede observar, el Consejo de Estado no ha sido reacio a admitir la posibilidad de exigir en sede judicial la reparación de los daños causados por el ejercicio de la función legislativa, lo cual no implica que su posición no haya atravesado diferentes grados de flexibilidad ante el tema, puesto que empieza considerando que su aplicación se encuentra limitada únicamente a los casos que el legislador autorice, para después admitir que es posible declararla en casos no regulados en la legislación. Es necesario aclarar que esta postura ya ha sido planteada en providencias que resuelven litis en las cuales el problema jurídico versa sobre la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa, no obstante, por razones metodológicas, estos casos serán estudiados en el capítulo siguiente, lo cual no impide concluir que esta corporación si admite la configuración de este tipo de responsabilidad.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Ruth Estela Correa Palacio, Sentencia de marzo 8 de 2007, Rad. 16421.

3.2. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ORIGINADA EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA: SENTENCIA C – 038 DE 2006

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano en contra del inciso primero del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en la cual señalaba que dicho precepto normativo vulneraba el Artículo 90 de la Constitución Política debido a que en sus preceptos no incluyó la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, lo cual, a juicio del actor vulnera la cláusula general de responsabilidad consagrada en el mencionado artículo constitucional, pues considera que el Artículo demandado únicamente

...contempla entre los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa los hechos, omisiones u operaciones *administrativas* y la ocupación temporal o permanente de un inmueble por trabajos públicos o por cualquier otra causa, sin hacer alusión a lo que la doctrina denomina la responsabilidad estatal por el hecho del legislador. De este modo se impide la utilización de esta vía judicial para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano cuando es originada por un acto del poder legislativo⁴¹.

En la sentencia, la Corte Constitucional, una vez realizó un recuento de las intervenciones realizadas por diferentes sectores, señaló que el problema jurídico que debía resolver se constituía de la siguiente manera:

...en primer lugar la figura de la responsabilidad del Estado legislador o la responsabilidad por el hecho del legislador a la luz del ordenamiento constitucional colombiano, pues el principal cargo de la demanda radica precisamente en que el precepto acusado desconoce el mandato del artículo 90 de la Carta, disposición que consagra la responsabilidad por los daños antijurídicos imputables a la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

... el problema de las omisiones legislativas relativas y las sentencias integradoras, al igual que la cuestión relacionada con un enunciado normativo susceptible de distintas lecturas y las sentencias interpretativas, pues si bien el demandante afirma que el inciso demandado es inconstitucional por no incluir dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa los hechos u omisiones provenientes del

⁴¹ Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sentencia C – 038 de 2006.

poder legislativo, algunos intervinientes sostienen que la acusación está planteada a partir de una errada interpretación de la disposición acusada, que desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado la cual ha entendido que dentro del inciso demandado tiene cabida lo que el actor echa en falta, esto es, la posibilidad de impetrar la acción de reparación directa ante hechos u omisiones imputables al Legislador⁴².

Para resolver estas cuestiones, la Corte Constitucional empezó realizando algunas consideraciones sobre el problema de la responsabilidad del Estado en Colombia a la Luz de la Constitución Nacional de 1886, los avances que hizo la jurisprudencia, para después analizar las características del Artículo 90 de la Carta Mayor. Sobre este particular destaca que *“Los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de daño antijurídico y su imputación al Estado...”*⁴³.

Para ilustrar la noción de daño antijurídico, la Corte retoma planteamientos realizados en la Sentencia C – 333 de 1996, señalando que en dicha providencia *“... luego de estudiar los debates en la Asamblea Nacional Constituyente concluyó que la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo...”*⁴⁴.

En el mismo sentido transcribe el siguiente aparte dicha sentencia, *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*⁴⁵. La Sala destaca que esto implica un cambio muy importante en la concepción de la responsabilidad, puesto que ya no se califica la conducta del Estado sino el daño que se causa⁴⁶.

En cuanto a la imputación del daño, la Corte Constitucional retoma los planteamientos realizados por el Consejo de Estado, según los cuales *“...la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos...”*⁴⁷,

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C – 333 de 1996. Tomado de Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C – 038 de 2006. Es necesario aclarar que en la referencia que hace la Corte Constitucional la identifica como C – 533 de 1996, no obstante, se trata de un error de transcripción, toda vez que no existe una providencia de esa corporación con esa nomenclatura.

⁴⁶ Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C – 038 de 2006.

⁴⁷ Ibid.

entendiendo que es necesario para que se imponga al Estado el deber de reparar el daño “...además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti”⁴⁸.

Para la Sala de decisión, desde la óptica del Consejo de Estado, el artículo 90 de la Carta Fundamental “...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 distingos en cuanto al causante del daño”⁴⁹.

Una vez aclarado esto, la Corte Constitucional concluye que la posibilidad de exigir la reparación de los daños que pueda causar el ejercicio de la función legislativa se encuentra acorde con los postulados del Artículo 90 de la Constitución Política, expresando su posición de la siguiente forma:

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 comentario⁵⁰.

La Sala señala que existen eventos en los cuales se ha establecido expresamente que existe un deber de reparación por parte del Estado, sin que ello signifique “... 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 ... 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”⁵¹.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993. Tomado de Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C – 038 de 2006.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C – 038 de 2006, Op. Cit.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

Una vez señalado que la exigibilidad de la reparación de los daños causados por el Estado legislador es una garantía que reconoce el ordenamiento constitucional colombiano, la Corte continúa el estudio del tema haciendo un recuento histórico del tratamiento que se ha dado a esta figura en el derecho comparado, así como en la experiencia nacional. De igual forma, realiza algunas aseveraciones sobre los cargos de la demanda y las posibles alternativas de solución al problema jurídico. En este último punto es importante resaltar que, para determinar la constitucionalidad del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, se aplica la teoría del derecho viviente, según la cual:

... cuando un texto legal sea objeto de diversas interpretaciones, y alguna de ellas resulte cuestionada por su aparente oposición a los mandatos constitucionales, para los efectos de establecer su verdadero alcance y su sentido racional y lógico -a la luz de los acontecimientos y transformaciones sociales-, debe tenerse en cuenta la interpretación que de la misma hayan hecho la jurisprudencia y la doctrina especializada. Según este Tribunal, en la medida en que la referida interpretación jurisprudencial y doctrinal configure “una orientación dominante bien establecida”, surge para el juez constitucional el deber jurídico de asumirla como criterio válido de la regla de derecho que se extrae del texto legal cuestionado, a menos que la misma resulte arbitraria e irrazonable y del todo incompatible con la Carta Política⁵².

Para la aplicación de esta doctrina, la Corte también menciona en la sentencia en comentario los que requisitos necesarios para que “...una decisión judicial de los órganos que tienen asignada la función de interpretar con autoridad la ley adquiera el carácter de derecho viviente con incidencia en el proceso constitucional...”⁵³, enlistándolos de la siguiente manera:

...(i) debe ser consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) debe estar plenamente consolidada o afianzada, pues una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; (iii) debe ser relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos. Finalmente, una interpretación

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

judicial que constituya doctrina viviente debe ser ajustada a la Constitución, y en todo caso, como se sostuvo anteriormente, corresponde a esta Corporación excluir del ordenamiento jurídico aquellas interpretaciones contrarias al ordenamiento constitucional, aun cuando provengan de una autoridad judicial⁵⁴.

En este sentido, el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional menciona que corresponde en principio al Consejo de Estado *“La labor de establecer los diversos contenidos normativos que se desprenden del inciso primero del artículo 86 del C. C. A...”*⁵⁵, más no al Juez Constitucional, señalando que *“...de conformidad con la interpretación que ha hecho el órgano judicial encargado de fijar 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 provenientes de hechos u omisiones imputables al poder legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador”*⁵⁶.

Para la Sala de decisión, los cargos planteados en la demanda de inconstitucionalidad tienen su origen en *“...una lectura restrictiva del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, pues el demandante supone que el término administrativo empleado en el enunciado normativo acusado restringe el alcance de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa a los hechos administrativos, las omisiones administrativas y las operaciones administrativas”*⁵⁷.

De acuerdo a la sentencia, para la Corte Constitucional el Artículo 86 del C. C. A. tiene varias interpretaciones, manifestando que una de estas si tiene un carácter restrictivo, en el sentido de señalar únicamente la posibilidad de demandar la reparación de los daños causados por la actuación de la administración. No obstante, la Sala encuentra que existe una segunda interpretación del mismo precepto, la cual fue observada por algunos intervinientes *“...las expresiones “hecho” y “omisión” no se restringen a los imputables a una autoridad administrativa, sino que incluirían la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas”*⁵⁸. Para el Tribunal Constitucional, esta última interpretación se encuentra acorde con la Carta Fundamental, manifestando que por tal razón *“...debe ser adoptada, pues permite adaptar el texto legislativo demandado al mandato del artículo 90 constitucional”*⁵⁹.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

Por este motivo, la Máxima Autoridad Constitucional encuentra que los cargos formulados en la demanda no pueden prosperar, toda vez que no se presenta la omisión legislativa aducida por el actor. De igual manera, manifiesta que tampoco encuentra necesario emitir una sentencia interpretativa puesto que “... el órgano encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder legislativo”⁶⁰.

La Corte Constitucional concluyó de esta forma que el inciso primero del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo era exequible.

La Sentencia C – 038 de 2006 reviste una enorme importancia para el estudio de la responsabilidad del Estado derivada de la función legislativa, toda vez que consiste en una declaración del máximo intérprete de la Constitución, según la cual el ordenamiento jurídico colombiano prevé la protección de las personas de los posibles daños que se puedan causar por la actuación del Estado como Legislador, permitiendo que se pueda exigir por vía judicial la reparación de estos. De igual forma, es imperativo resaltar que la sentencia en comento realiza tiene otras virtudes, las cuales consisten en afirmaciones de la Corte Constitucional como órgano de cierre de su jurisdicción, las cuales se pueden enlistar de la siguiente manera:

1. El reconocimiento del deber de reparación de los daños que cause el ejercicio de la actividad legislativa tiene un sustento en la Constitución Política, específicamente en el Artículo 90, sin que sea necesario acudir a preceptos de otro orden para configurar su existencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.
2. Se manifiesta que el origen de este tipo de responsabilidad se encuentra en la configuración de un daño antijurídico.
3. Se reconoció que la vía procesal para obtener la reparación de los perjuicios originados en la actividad legislativa se encontraba hasta ese entonces en el ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

⁶⁰ Ibid.

3.3. REGULACIÓN DE LA REPARACIÓN DIRECTA EN LA LEY 1437 DE 2011

A partir del día 2 de julio del año 2012, entró en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 309 derogó expresamente el Decreto 01 de 1984, por el cual se adoptó el Código Contencioso Administrativo. Si bien se entiende que en virtud del Artículo 90 constitucional, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que los particulares se encuentran legitimados para exigir del Estado la reparación de los perjuicios causados por el ejercicio de la función de legislativa, resulta necesario aclarar si tal prerrogativa es exigible en vigencia de las previsiones de la Ley 1437 de 2011.

En primer lugar es necesario señalar que con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desapareció la noción de acción, por lo que la reparación directa pasó a tratarse como una pretensión.

La primera referencia directa que se realiza sobre la reparación directa se encuentra en el artículo 104 *ibídem*, el cual se estipula:

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa⁶¹.

De la lectura de este primer inciso se puede determinar que el rango de acción de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se encuentra limitado únicamente a las litis que se plantean en torno a la administración, toda vez que su redacción no contempla ninguna restricción en tal sentido. De otra parte, en el mentado artículo, hace referencia a que dicha jurisdicción conocerá “...*de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas...*”⁶².

Para la interpretación de este último aparte, es necesario recurrir al párrafo del mismo artículo, el cual consagra: “**PARÁGRAFO.** *Para los solos efectos de este*

⁶¹ Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, art. 104.

⁶² *Ibid.*, art. 104.

*Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%*⁶³.

Como se puede observar, el término entidad pública hace referencia a “...*todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación...*”⁶⁴, lo cual incluye de esta forma al Congreso de la República y al Presidente de la República cuando actúa como legislador, en consideración a que el artículo 113 de la Carta Mayor estipula:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”⁶⁵.

Así se puede afirmar con certeza que el término entidades públicas que utiliza el Código no se limita a los órganos y entes de la rama ejecutiva del poder público, sino que hace alusión a toda entidad de carácter estatal. De otra parte, si bien se hace referencia a “...*controversias y litigios... sujetos al derecho administrativo...*”⁶⁶, se tiene que esta rama del derecho abarca la regulación de varias ramas del poder público, así como de los diferentes entes autónomos de creación constitucional, entre otros.

De esta forma se puede concluir que dentro del rango de acción de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, prescrito por el aparte transcrito, se comprende también el conocimiento de las controversias en las que se encuentren involucradas entidades estatales distintas a las pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, incluido al legislador, ya sea que se trate del Congreso o el Presidente de la República.

De otra parte, el mismo artículo consagra que la precitada jurisdicción también conocerá de una serie de procesos que enlista de la siguiente forma:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

⁶³ Ibid., art. 104.

⁶⁴ Ibid., art. 104

⁶⁵ Constitución Política de Colombia, art. 113.

⁶⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 104.

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado⁶⁷.

Reviste especial interés el numeral primero del aparte transcrito, pues se refiere a los procesos que versen sobre responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública y sin importar el régimen. De igual manera, tal disposición debe interpretarse de acuerdo a la definición que hace el Parágrafo del mismo artículo, por lo que se debe entender que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede conocer de los procesos de responsabilidad extracontractual que se originen, ya sea en virtud de la actuación del Congreso o del Presidente de la República, cuando ejercitan la función legislativa (recordando que no se tiene en consideración el régimen a aplicar).

Es pertinente mencionar que el Artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 consagra algunas excepciones frente a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, dentro de tales excepciones no se incluye al Congreso de la República o al Presidente cuando ejercen la función legislativa.

Como se puede observar, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de los asuntos que versen sobre la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del ejercicio de la función legislativa, sin que exista mayor inconveniente en la interpretación de las disposiciones que lo consagran.

Una vez definida la competencia, se debe acudir al Título III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para puntualizar

⁶⁷ Ibid., art. 104.

la pretensión aplicable a este tipo de casos. Así se encuentra el artículo 140, el cual establece:

ARTÍCULO 140. *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 daño⁶⁸.

La redacción de este artículo contiene la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 de la norma fundamental, que impone al Estado la carga de responder patrimonialmente por los daños que cause cualquiera de sus agentes, sin importar el ramo. La inclusión de esta sección permite que se pueda hacer uso de esta pretensión para solicitar la reparación de los daños derivados del ejercicio de la función legislativa; sin embargo, es necesario resaltar que uno de sus apartes coincide en su transcripción con un aparte del Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, como se compara a continuación:

Artículo 86 Código Contencioso Administrativo:

“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente

Artículo 140 Ley 1437 de 2011:

“...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

⁶⁸ *Ibíd.*, art. 140.

*de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa....*⁶⁹.

*cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma*⁷⁰.

El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 recogió parte de la redacción del antiguo artículo 86, precisamente en lo que respecta a las secciones que fueron objeto de análisis por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 038 de 2006, por lo que es viable afirmar que las consideraciones realizadas en dicha providencia aplican a la nueva disposición en lo que se refiere a la posibilidad de exigir vía judicial la reparación de los daños causados por el Estado Legislador*.

Sobre este particular es necesario mencionar que si bien en vigencia del Decreto 01 de 1984, la interpretación realizada al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, permitió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer y decidir sobre casos de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa, el Artículo 140 del Código de lo Contencioso Administrativo vigente contiene una formulación que requiere de un trabajo interpretativo menor al momento de definir los casos en los cuales se señala como pretensión la reparación directa, toda vez que es más inclusiva gracias a la incorporación de parte del artículo 90 de la Constitución Política.

De esta forma se puede concluir que en vigencia de las prescripciones de la Ley 1437 de 2011, si es posible acudir ante la administración de justicia, específicamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el propósito de buscar que el Estado repare los daños producidos por el ejercicio de la función legislativa, incoando como pretensión la reparación directa.

⁶⁹ Código Contencioso Administrativo, art. 86.

⁷⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 140.

* Revisar las páginas 49 – 54 de este trabajo.

4 CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La producción del Consejo de Estado con respecto a este tema, en los casos en que no existe regulación específica ya sea en la Constitución o en la ley, no es muy amplia, básicamente se puede dividir las providencias existentes en tres grupos: 1) aquellos que tratan el tema como obiter dicta para ilustrar la resolución de problemas jurídicos sobre otras temáticas; 2) pronunciamientos cuyo problema jurídico a resolver versa sobre la forma de responsabilidad en estudio.

Los casos del primer grupo fueron tratados en el acápite anterior, motivo por el cual la atención se centrará en las providencias que hacen parte del segundo conjunto, las cuales a su vez permiten distinguir tres casos de responsabilidad del Estado surgida del ejercicio de la función legislativa de acuerdo a los hechos y cargos que se presentan en las demandas, por lo que el estudio se abordará desde esta división.

4.1. LITIS PLANTEADAS ADUCIENDO LA EXISTENCIA DE DAÑO ESPECIAL

Dentro de la producción jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se puede encontrar que se ha tratado el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa observando la teoría del daño especial, aunque estos pronunciamientos han sido escasos. Específicamente, se encuentra la sentencia de agosto 25 de 1998, con ponencia del doctor JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. En este caso, la Sala Plena del Consejo de Estado conoció el recurso de apelación presentado por las partes contra un fallo emanado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Los hechos de la demanda se basan en el fallecimiento de un ciudadano colombiano en un accidente de tránsito en el cual se encontraba involucrado un agente diplomático estadounidense. Debido a que el agente diplomático se encontraba cobijado por el fuero de inmunidad consagrado en la convención de Viena de 1961, ratificada por Colombia mediante la Ley 6 de 1972, la familia del colombiano fallecido no podía acudir ante los jueces nacionales para solicitar la reparación de los daños causados por el accidente.

Por esta razón dirigieron demanda que en contra de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República, ante la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo con el propósito de que se declare “...al Estado Colombiano patrimonialmente responsable **“como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª. de 1.972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática.”** , por cuya aplicación se les impide accionar para obtener la reparación consecuencial por la muerte de su esposo y padre, contra la Embajada de USA”⁷¹ (Negrillas dentro del texto original).

En el trámite de la segunda instancia, la Sala de decisión hace un recuento del tratamiento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, tanto a nivel nacional como internacional, para después realizar algunos análisis que revisten gran importancia para el estudio del tema en el presente trabajo.

En primer lugar, es necesario resaltar las consideraciones realizadas por la Sala con respecto a la antijuridicidad del daño y el rompimiento de las cargas públicas, las cuales inician haciendo una aclaración sobre un aparte de la argumentación del fallo impugnado, señalando que “... no es acertado el criterio según el cual la responsabilidad por el acto legislativo, demande la vulneración de mandatos superiores por cuanto la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño”⁷². Como se puede observar, de manera expresa se manifiesta que el caso se estudiaría desde el régimen de la responsabilidad objetiva de Estado, es decir, desde el punto de vista del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, sin perjuicio de que eventualmente se haya presentado una falla en el servicio. Esto se confirma cuando en la sentencia se expresa:

En cuanto a la afirmación relativa a la “imposibilidad de obtener justicia a través de sus jueces naturales” en que habría colocado el legislador a los damnificados, es expresión que debe referirse a la imposibilidad de demandar directamente ante la justicia ordinaria, al agente productor del daño, entendido éste como la muerte del señor Cesar Julio Cuervo Pineda. En estricto sentido y con la orientación que esta Sala otorga a este proceso, debe entenderse que lo afirmado por el tribunal no obsta para que en este proceso administrativo los damnificados con un fundamento fáctico distinto, **(el desequilibrio de las cargas públicas**

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia de agosto 25 de 1998, C. P. Rad. IJ-001.

⁷² Ibid.

ante la ley), acudan ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda contra el Estado Colombiano, con lo cual se asegura precisamente el acceso a la justicia nacional y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en reparación en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales.

En síntesis debe tenerse presente que mientras en el fallido proceso ordinario el demandado era Edmund Scott y el daño, la muerte de Cesar Julio Cuervo, en este proceso, el demandando es el Estado Colombiano y el fundamento es el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley. Aquí, la muerte de Cuervo solo se tendrá en cuenta como factor objetivo para el cálculo de la indemnización a que haya lugar y no es materia de juicio la conducta de Scott⁷³ (Negrillas fuera del texto original).

Cuando el ad quem analizó el régimen aplicable al caso, encontrando que se causó un daño especial a los familiares del occiso, tesis que sustenta incorporando una serie de consideraciones que contienen el segundo y tercer aporte de relevancia para este estudio, la cuales consisten en: a) desvirtuar la noción de soberanía estatal como impedimento para que se configure la responsabilidad estatal derivada de la función legislativa y; b) la posibilidad de acudir ante la justicia contencioso administrativa para obtener la reparación de los daños en este tipo de situaciones. Para lograr esto, empieza explicando la naturaleza de la Convención de Viena, el procedimiento necesario para incorporarla al ordenamiento jurídico colombiano y el contenido de la norma que concede la inmunidad de jurisdicción a los agentes diplomáticos.

En el análisis que plantea la Sala, se destaca la construcción que hace sobre la naturaleza de una convención, expresando que “...obedece a un acto complejo del Estado Colombiano integrado por la intervención de las voluntades de dos autoridades estatales, a saber, el Congreso y el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones de conformidad con los artículos 189 y 150 de la C.P.”⁷⁴.

El Consejo de Estado observa que para la entrada en vigencia de la convención, es necesario que en su conformación se presente la intervención del legislativo, motivo por el cual infiere que es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de “...las consecuencias de su adopción como ley y de su aplicación en cumplimiento de compromisos internacionales”⁷⁵, y que “Si

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

*bien el Estado colombiano es soberano para el manejo de sus relaciones internacionales, ello no obsta para que ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana pueda ser convocado a responder por las consecuencias de sus actos que como en el caso presente se trata de un acto complejo*⁷⁶. Una vez aclarado esto, la Sala continúa con su análisis del daño causado a los demandantes aduciendo que *“Los privilegios que conceda a Estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la Nación, y no sería equitativo que rewertieran a cargo de una persona en particular”*⁷⁷. Este punto se explica a renglón seguido de la siguiente forma:

Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público, a saber, el ejecutivo encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial representado en el caso por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes.

El ejercicio de la titularidad de las relaciones internacionales por parte del Estado implica una actuación suya cuyas consecuencias conforme al art. 90 de la C.P. deben ser por él asumidas y en el caso los afectados perdieron la oportunidad de demandar al autor material del daño y al propietario del vehículo automotor, todo lo cual justifica fehacientemente la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en la especie⁷⁸.

Adicionalmente, la Sala manifestó que el ejercicio legítimo de este tipo facultades no puede soslayar garantías fundamentales, como lo es el acceso a la administración de justicia⁷⁹. De esta forma, por tratarse de un daño causado por el ejercicio de una actividad legítima, el Consejo de Estado explicó que debía aplicarse al caso la teoría de la responsabilidad por daño especial debido a que se

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

presenta un desequilibrio de las cargas públicas originado en la incorporación y ejecución de la Convención de Viena en Colombia⁸⁰. Para explicar este punto, la máxima autoridad de la justicia de lo contencioso administrativo retomó nuevamente la explicación sobre el proceso que se debe agotar para que una convención haga parte del ordenamiento jurídico colombiano, a la luz de la Constitución Política de Colombia, para después explicar que en el caso en concreto el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas se produjo debido a que:

La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P.⁸¹.

En igual sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de septiembre 8 de 1998, con ponencia del doctor Jesús María Carrillo Ballesteros (Rad. IJ-002).

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

4.2. LITIS PLANTEADAS ADUCIENDO QUE LA NORMA CAUSANTE DE UN SUPUESTO DAÑO FUE OBJETO DE DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Estos casos de responsabilidad del Estado Legislador se plantean en torno a la causación de un daño que se produce por la aplicación de una ley que fue objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. La postura de la parte demandante suele cimentarse sobre el entendido de que existe responsabilidad extracontractual del Estado, cuando la aplicación de una ley genera un daño, y posteriormente esta se declara inconstitucional, es decir, se aduce que el daño es causado por el contenido inconstitucional de la ley.

La primera providencia sobre este particular fue proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 26 de septiembre de 2002, mediante el cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada* en contra de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de una demanda de reparación directa.

La litis se plantea por la parte demandante en virtud de la declaratoria de inexecutable parcial de los artículos 26 de la Ley 60 de 1993 y 1º de la Ley 168 de 1994, los cuales señalaban que los recursos obtenidos por los contratos de concesión para prestar el servicio de telefonía celular eran recursos de capital; una vez proferidas las sentencias de constitucionalidad (C-151 y C-423 de 1995), dichos recursos se entendieron como ingresos corrientes de la Nación, motivo por el cual debían ser transferidos a los entes territoriales, sin embargo, como algunos sumas ya se habían ejecutado durante la vigencia de los artículos reseñados, los porcentajes correspondientes a estos últimos montos no fueron transferidos a la parte demandante.

De esta forma, el análisis se centra en determinar si es posible declarar al Estado patrimonialmente responsable por los perjuicios causados por la aplicación de una ley, que fue objeto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Para resolver esta cuestión, el Consejo de Estado realizó un estudio detallado sobre la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad “...del numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, respecto del porcentaje de dichos dineros ejecutado en la fecha de notificación de la sentencia C-423 de 1995”⁸², el cual se puede reseñar en los siguientes puntos: i) Como funciona la excepción de inconstitucionalidad a la luz de la Carta Fundamental de 1991; ii) Efectos de los pronunciamientos de constitucionalidad de la Corte Constitucional en el tiempo; iii)

* La parte demandante era el Municipio del Prado y la parte demandada se integraba por la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Rad. 20945.

Efectos de los fallos del Tribunal Constitucional que declaran la constitucionalidad de una norma, con respecto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad; iii) Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

La Sala empezó su análisis explicando el funcionamiento de la excepción de inconstitucionalidad, motivo por el cual transcribió el Artículo 4 de la Constitución Política*, para después manifestar que:

La Corte Constitucional ha expresado, en sentencia C-069 de 1995, que esta norma consagra, más que una facultad, una obligación perentoria para todas las autoridades de la República que, teniendo competencia para adoptar una decisión en relación con una situación determinada, advierten la existencia de una contradicción manifiesta entre la norma aplicable y la Carta Política. En efecto, en tal caso, deben inaplicar la primera, haciendo prevalecer la segunda. Su decisión no tendrá efectos erga omnes; sólo tendrá consecuencias para el caso concreto.

Esta obligación, sin embargo, debe ser ejercida con algunas limitaciones. Así, por ejemplo, es claro que la aplicación de la excepción se hace imposible cuando ha habido un pronunciamiento anterior de la Corte Constitucional mediante el cual se declara la exequibilidad de la norma respectiva. Lo anterior encuentra sustento en la condición que tiene dicha corporación, de guardiana suprema de la Carta Política. Su pronunciamiento zanja definitivamente cualquier discusión sobre la constitucionalidad de la norma⁸³.

Una vez explicada la excepción de inconstitucionalidad en los términos referidos, la Sala consideró relevante para el caso en concreto determinar “...*qué sucede cuando la Corte declara inexecutable una disposición determinada, y para ello, resulta relevante analizar el tema referido a los efectos de los fallos de constitucionalidad*”⁸⁴. Este análisis se abordó señalando que

Conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos

* Constitución Política: “ARTÍCULO. 4º- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Op. cit.

⁸⁴ Ibid.

del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario". (Se subraya).

Con anterioridad a la expedición de la citada ley, la misma Corte había tenido oportunidad de pronunciarse sobre su competencia exclusiva para determinar los efectos de sus pronunciamientos de constitucionalidad⁸⁵.

Para explicar la posición del Tribunal Constitucional, en el fallo se transcribió los siguientes apartes de la Sentencia C – 113 de 1993:

"...Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la Constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.

(...)

Además, inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir, estrictamente a la Constitución... Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.

No hay que olvidar que, según el artículo 5º de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades, pero con mayor fuerza. Por ello, recortar, mediante una norma de inferior jerarquía, la facultad que la Corte tiene de fijar el

⁸⁵ Ibid.

contenido de sus sentencias, podría impedirle defender los derechos de los súbditos frente a las autoridades.

No existe el riesgo de que la Corte desborde sus facultades pues la tarea de guardar “la integridad y supremacía de la Constitución” sólo puede cumplirla en los “estrictos y precisos términos” del artículo 241.” (Se subraya)⁸⁶.

La Sala explica que la postura planteada en la Sentencia C – 113 de 1993, fue reiterada la sentencia C – 037 de 1996 “...*mediante la cual se controló la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia-, al referirse... al artículo 45 mencionado del mismo proyecto. La primera parte de dicha norma, correspondiente al texto antes citado, fue declarada exequible, y se declaró inexecutable el resto de la disposición, referido a las situaciones excepcionales en las que la Corte podría disponer que sus decisiones tuvieran efecto retroactivo*”. De esta última providencia, el Consejo de Estado retomó lo siguiente:

“...se torna forzoso concluir -y reiterar- que sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias. La prevalencia del principio de separación funcional de las ramas del poder público (Art. 113 y s.s.), el silencio que guardó la Carta Política para señalar los alcances de las providencias dictadas por los altos tribunales del Estado, la labor trascendental que cumple esta Corporación en el sentido de guardar la supremacía y la integridad de la Carta, y los efectos de “cosa juzgada constitucional” y *erga-omnes* que tienen sus pronunciamientos (Arts. 243 C.P. y 21 del Decreto 2067 de 1991), son suficientes para inferir que el legislador estatutario no podía delimitar ni establecer reglas en torno a las sentencias que en desarrollo de su labor suprema de control de constitucionalidad ejerce esta Corte”⁸⁷. (Comillas en el texto original)

Sustentado en estos pronunciamientos, concluye el Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “...*que sólo la Corte Constitucional puede fijar los efectos de sus fallos de constitucionalidad*”⁸⁸. En este sentido señala que, sin importar el momento en que deba tomarse una decisión, se debe acatar el efecto que la Corte otorgue a sus fallos:

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía, Tomada de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Rad. 20945.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C – 037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, Tomada de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Rad. 20945.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Op. cit.

Si se trata de la solución de un caso relativo a una situación ocurrida con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional, o de uno referido a una situación ocurrida con anterioridad al mismo, pero dicha Corporación le ha dado a su decisión efectos retroactivos, es claro que la autoridad respectiva deberá, simplemente, acatar lo resuelto por aquélla, absteniéndose de aplicar la norma que ha sido retirada del ordenamiento, sin necesidad de acudir al artículo 4º de la Carta Política, ya que le máximo órgano guardián de la supremacía de la Constitución se ha pronunciado al respecto y su decisión tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta⁸⁹.

Revisado esto, el Consejo de Estado aborda “...*el tema de la procedencia de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de una norma, respecto de situaciones ocurridas con anterioridad al fallo de la citada Corte, mediante el cual se declara la inexequibilidad de la norma respectiva, cuando éste tiene efectos hacia el futuro*”⁹⁰. Para esto recurrió nuevamente a lo expresado en la Sentencia C – 113 de 1993, considerando que:

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

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

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

valoración está vedada a las demás autoridades públicas, pues ella corresponde, exclusivamente, a la Corte Constitucional⁹¹.

Desde este contexto, la Sala resuelve la cuestión planteada afirmando que *“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”*⁹². Resume la justificación de esta afirmación manifestando que cuando *“...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”*⁹³.

Esta argumentación le permitió a la Sala de Decisión abordar la última de las cuestiones planteadas, la cual consiste en determinar si en el caso planteado en la litis es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad *“...del numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, respecto del porcentaje de dichos dineros ejecutado en la fecha de notificación de la sentencia C-423 de 1995”*⁹⁴, obteniendo como respuesta que:

De conformidad con lo anterior, se concluye que, en el caso concreto, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte, la Nación sólo estaba obligada a incluir en el presupuesto, como ingresos corrientes de la Nación, el porcentaje no ejecutado a la fecha de notificación de la sentencia C-423 de 1995, de aquellos dineros recibidos por concepto de la concesión del servicio de telefonía móvil celular, de manera que si el juez contencioso administrativo accediera a declarar la responsabilidad de aquélla por el no pago de los recursos ya ejecutados en esa fecha, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, su decisión contradiría frontalmente a la Corte Constitucional, dado que implicaría modificar, en términos prácticos, el sentido de la decisión adoptada en el fallo citado, y desconocer abiertamente la sentencia C-270 de 2000, que no dejó margen de duda sobre los efectos de aquél.

De los pronunciamientos de la Corte se desprende claramente, por lo demás, que para la determinación de los efectos de la decisión de

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

declarar parcialmente inexecutable el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, se tomo en consideración el posible desequilibrio macroeconómico que, en virtud de la decisión, pudiera causar la percepción de nuevas rentas, clasificadas como ingresos corrientes. Así se desprende del recurso a la aplicación del artículo 15 de la Ley 179 de 1994, que prevé, expresamente, una solución para los casos en que se presenten dichas situaciones.

En estas condiciones, resulta inaplicable el artículo 4º de la Constitución Política, en relación con el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, por la cual se decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1995. Entonces, los dineros recibidos por la Nación por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, en el año 1994, ejecutados con anterioridad a la notificación de la sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, no pueden ser considerados ingresos corrientes de la Nación, sino recursos de capital y, en consecuencia, es claro que no surgió para la Nación, respecto de un porcentaje de ellos, la obligación de transferirlos al Municipio de Prado. En este orden de ideas, es evidente para la Sala la improcedencia de la declaración de la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia del no pago de dichos recursos.

En este orden de ideas, y en aplicación de la interpretación sobre los efectos de los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional construida en la providencia, la Máxima Autoridad de lo Contencioso Administrativo encontró que

...teniendo en cuenta que el fundamento de la responsabilidad, en este caso, se encuentra en la existencia de un derecho, por parte del municipio demandante, sobre un porcentaje de los mismos dineros, según lo dispuesto en el artículo 357 de la Constitución, no podría pensarse, de ninguna manera, que la obligación de indemnizar pudiera encontrar sustento en la previsión contenida en el numeral citado de la Ley 168 de 1994, mientras mantuvo su vigencia. En efecto, antes de la notificación de la Sentencia C-423 del 21 de septiembre de 1995, los recursos mencionados, de acuerdo con dicha disposición, tenían el carácter de recursos de capital, sobre los cuales no corresponde participación alguna a las entidades territoriales, conforme a las disposiciones de la Constitución y especialmente a lo establecido en el artículo 358 de la misma, según el cual los ingresos corrientes están constituidos por los tributarios y no tributarios, “con excepción de los recursos de capital”⁹⁵.

⁹⁵ Ibid.

Posteriormente, en el fallo se menciona que el Consejo de Estado ha reconocido es viable “...declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales...”⁹⁶ en aplicación de la teoría del daño especial cuando “...el demandante demuestra que las mismas crean para él un desequilibrio frente a las cargas públicas, en relación con la situación en que se encuentran los demás ciudadanos... lo que constituye el fundamento de la obligación de indemnizar que surge a cargo la Nación”⁹⁷. Sin embargo, el ad quem consideró que en el caso de autos no se constituía tal situación, debido a que

...la pretensión de declaración de responsabilidad está sustentada en el no pago de unos dineros que, según lo afirma el apoderado del municipio demandante, se deben a éste último, situación que constituye una típica falla del servicio, referida concretamente a la aplicación de una norma contraria a la Constitución, esto es, el numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, para definir la naturaleza de los recursos recibidos por la concesión del servicio de telefonía móvil celular, antes de la declaratoria de inexecutable de la misma. Así las cosas y dado que, según lo explicado, la contradicción con la Carta Política no existe con respecto a las situaciones consolidadas con anterioridad a la notificación del pronunciamiento de la Corte contenido en el fallo C-423 de 1995, ni puede ser válidamente declarada por el juez contencioso administrativo, es claro que aquella pretensión no puede prosperar.

Como se puede observar, esta providencia únicamente contempla la posibilidad de exigir al Estado la reparación de los perjuicios causados por el ejercicio de la función legislativa, cuando se ha provocado un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas en aplicación de la teoría del daño especial; rechazando así el caso de los daños que pudiera ocasionar durante su vigencia, una ley que es declarada inconstitucional en virtud de la facultad conferida por el artículo 243 de la Carta Mayor, pues se entiende que si los efectos otorgados por la Corte Constitucional rigen únicamente hacia futuro, la aplicación de la disposición con fecha anterior al pronunciamiento es totalmente válida, puesto que durante esa época la disposición normativa se considera ajustada a la Constitución.

Cosa distinta se podría predicar en aquellos casos en los cuales los efectos de la providencia se dispongan retroactivamente. Sin embargo, esta posibilidad no se planteó expresamente en la sentencia.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

En el año 2003, el Consejo de Estado conoció de un caso con un problema jurídico con implicaciones similares. En esta ocasión se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de una acción popular. La demanda se basa en los supuestos perjuicios causados por la imposición de un gravamen que fue declarado inconstitucional.

La Sala señaló que “...*la parte demandante acude ante la jurisdicción en ejercicio de la acción constitucional denominada de grupo para obtener decisión judicial frente a la aplicación de una ley que en su criterio desconoce el principio de irretroactividad de la ley tributaria*”⁹⁸. Por esta razón, delimitó el objeto de estudio en que:

... la causa del presunto perjuicio alegado es la ley, por tanto del cumplimiento o de la aplicación en sí de la misma no se puede derivar un perjuicio, puesto que es obligatoria para todos los habitantes del país desde su promulgación (art. 52, C. de R. P. y M.), y al ejecutivo dentro de las funciones constitucionales asignadas le corresponde velar por la estricta recaudación y administración de las rentas dentro del marco fijado en la ley por el Congreso o en los actos excepcionales con fuerza de ley. Así las cosas, el alegado detrimento del patrimonio de los usuarios del sistema financiero no sería antijurídico, porque el impuesto contenido en las disposiciones antes señaladas era aplicable y su constitucionalidad o legalidad sólo es susceptible de controversia ante el juez competente mediante el ejercicio de las acciones ordinarias contenidas en el ordenamiento jurídico y de otro lado el efecto de las inexecutableidades declaradas se determinó expresamente hacia el futuro⁹⁹.

El Consejo de Estado realizó un análisis de la naturaleza de la acción grupo, afirmando que tiene un carácter eminentemente indemnizatorio, por lo que “...*no es posible debatir la constitucionalidad de un tributo, ni modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutableidad o desconocer ésta y en su lugar aplicar los criterios expuestos en otra decisión sobre la constitucionalidad de*

⁹⁸ Consejo Estado, Sección Cuarta, C. P. MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, Sentencia de junio 12 de 2003, Rad. 00014-01(AG).

⁹⁹ Ibid.

*norma diferente*¹⁰⁰. Para sustentar esta posición realizó una apreciación sobre las competencias de la Corte Constitucional, manifestando que le corresponde:

...la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de manera específica sobre leyes y los decretos señalados en el artículo 241 ib., en materia impositiva los que crean y regulan los tributos; el Consejo de Estado tiene una competencia residual y así decide sobre la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos que no conoce la Corte. Además a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo compete el control de legalidad de la actuación administrativa a través de los procedimientos para ello fijados en la normatividad¹⁰¹.

Se hace alusión a la Sentencia C – 149 de 1993, en la cual se dio efectos retroactivos al fallo, ordenando que se reintegren unas sumas, no obstante, el ad quem encuentra que en el caso de autos, la cuestión es diferente porque en las Sentencias C – 557 de 2000 y C – 1403 de 2000, en las cuales los efectos de la sentencia se dieron hacia futuro. Sobre este punto manifestó:

Respecto a los efectos de las sentencias C-557 y C-1403 de 16 de mayo y 19 de octubre, ambas de 2000, se reitera que en la parte resolutive de manera expresa disponen: “La presente sentencia surtirá efectos a partir de su comunicación al Gobierno”. Así tales decisiones se tornaron obligatorias una vez fueron comunicadas al gobierno nacional, el 26 de mayo y el 20 de octubre del mismo año, respectivamente, sin que haya lugar a alcance diferente como lo pretende el accionante al expresar que declarada la inexecutable de las normas procede en consecuencia el reintegro de los valores pagados por concepto del impuesto a las transacciones financieras contenido en ellas¹⁰².

Por último se hizo mención a la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad “...consagrada en el artículo 4° de la Carta, la Sala considera que en la presente acción no es aplicable, pues declarada la inexecutable de las

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

normas hacia el futuro, el efecto implica que los recaudos efectuados con fundamento en preceptos vigentes en tal momento, se apoyaron en la obligatoriedad de su aplicación, por lo que el alegado perjuicio no puede devenir en antijurídico”¹⁰³.

Esta postura coincide con lo señalado en el fallo de 26 de septiembre de 2002 previamente citado, en lo atinente a que la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, implica que los preceptos juzgados por el Tribunal Constitucional se consideran ajustados a la Carta Suprema mientras se encontraban vigentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual no es posible predicar la existencia de responsabilidad del Estado Legislador.

4.3. LITIS PLANTEADAS ADUCIENDO QUE SE PRODUJO UN DAÑO POR OMISIÓN LEGISLATIVA

Otro enfoque de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa corresponde a la que se busca por la omisión legislativa. En el caso que se presenta, se decide el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. En este caso se buscaba la indemnización de los perjuicios que supuestamente se causó al actor en razón de la omisión legislativa del Congreso de la República frente al desarrollo del artículo 39 de la Constitución Política, puesto que aduciendo que tal omisión es una falla en el servicio. Esto debido a que no existía una regulación del fuero sindical para empleados públicos y el actor fue desvinculado del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras “HIMAT”, aunque era directivo del sindicato.

La Sala de Decisión delimitó el problema jurídico de la siguiente forma: “...*si es cierto, ... que la imputación de hecho de “omisión del Congreso en reglamentar el artículo 39 de la Constitución” no ocurrió*”.

Para analizar el tema, el ad quem transcribió el artículo 114 de la Constitución Política y un aparte del artículo 150 ibidem, los cuales tratan del ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la República. De igual forma, transcribe el siguientes apartes de la Sentencias C – 527 de 1994, C – 514 de 1995 y C – 543 de 1998 sobre la Cláusula general de competencia legislativa:

¹⁰³ Ibid.

*“...en Colombia, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste corresponde ‘hacer las leyes’, por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución **no es taxativa**. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior, entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que ello implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencia está radicada en el Congreso.(...)”*

La Constitución de 1991 ha mantenido tal cláusula general de competencia en el Congreso, por lo cual esta rama del poder tiene la facultad la desarrollar la Constitución y regular legislativamente la vida del país, no sólo en ejercicio de las atribuciones que expresamente le confiere la Carta, sino también en aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado. Se trata pues de una competencia amplia pero que no por ello deja de ser reglada, porque está limitada por la Constitución. Así, el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas, ni los principios y valores constitucionales. Tampoco puede el Congreso desconocer las restricciones que le ha establecido la Constitución, ya sea de manera expresa, como sucede con las prohibiciones del artículo 136 superior, ya sea de manera tácita, al haber reservado ciertas materias a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado (...)¹⁰⁴. (Cursiva dentro del texto)

“...desconoce el demandante el alcance de la cláusula general de competencia legislativa, al sostener que si la Constitución no prohíbe una cosa, no puede hacerlo la ley. El legislador, por el contrario, está facultado para desarrollar los preceptos constitucionales y, además, para legislar sobre todas aquellas materias que, aunque no estén incluidas de manera específica en la Carta Política, no atenten contra ella. Se trata, pues, de una facultad muy amplia que le corresponde cumplir al órgano de representación popular en un régimen democrático como el que ha adoptado Colombia desde los albores de su vida republicana. Lo anterior

¹⁰⁴ Corte Constitucional, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Sentencia C-527-94. Tomado de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Sentencia de noviembre 1° de 2001. Rad. 13002.

*se hace más claro, si se tiene en cuenta que la ley es una declaración de la voluntad soberana, expresada en la forma que previene la Constitución a través de sus representantes, con el fin de realizar el bien común. (...)*¹⁰⁵.(Cursiva dentro del texto)

*“() la competencia del legislador para desarrollar los preceptos constitucionales se encuentra consagrada en otras normas de ese mismo rango, concretamente en los artículos 114 y 150 que contienen lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan ‘cláusula general de competencia’. De ellos se deriva la potestad del Congreso para expedir disposiciones legales destinadas a hacer efectivos los cánones que conforman el Estatuto Supremo, con la única advertencia de no exceder los límites fijados por el propio constituyente, ni contrariar ninguno de los preceptos que integran dicho ordenamiento. (...)*¹⁰⁶. (Cursiva dentro del texto)

El Consejo de Estado continuó su estudio con el análisis del cargo de omisión del legislador, manifestando que las funciones de conferidas por los Artículo 114 y 150 constitucionales “...no se delimitaron en el tiempo y no están concebidas desde un punto de vista obligacional”¹⁰⁷. Por esta razón manifiesta que “...la no producción de normas legales por el Congreso, y para desarrollar la Constitución, no está sancionada jurídicamente con un efecto”¹⁰⁸, precisando que únicamente la facultad contenida en el inciso 3 del artículo 341 de la Carta Suprema prevé una consecuencia jurídica, caso en el cual “...la Constitución sí sanciona la omisión legislativa con la pérdida de la competencia material del Congreso en ese año, por el no ejercicio de la función en ese término de tres meses, para expedir la ley de aprobación al Plan Nacional de Inversiones Públicas, y además transmite esa competencia al Gobierno nacional”¹⁰⁹. La Sala resaltó que en este caso de omisión legislativa, “...no causa **daño particular** a los administrados; **sólo lesiona el**

¹⁰⁵ Corte Constitucional, M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA, Sentencia C-514-95. Tomado de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Sentencia de noviembre 1° de 2001. Rad. 13002.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, M. P. CARLOS GAVIRIA DIAZ, Sentencia C-543-98. Tomado de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Sentencia de noviembre 1° de 2001. Rad. 13002.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sentencia de noviembre 1° de 2001. Op. cit.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

*ordenamiento objetivo que prevé que esa competencia constitucional es primigenia del Congreso pero para ejercitarla...*¹¹⁰.

El ad quem consideró que no puede existir omisión legislativa cuando “...el legislador no ha expedido una ley en relación con una norma constitucional”, señalando como motivos los siguientes:

La Carta Fundamental contiene disposiciones que son de aplicación inmediata y no requieren de reglamentación, por su propio contenido; o porque otras veces su materia contiene previsiones mínimas y máximas que permiten su aplicación práctica; o porque su materia debe desarrollarse por otra autoridad distinta al Congreso; y/o porque el Congreso no está obligado a expedir las normas legales que desarrollarán la Carta Política en un preciso término¹¹¹.

De esta particularidad concluyó que “...por lo general, LA FUNCIÓN LEGISLATIVA no puede equiparse a OBLIGACIÓN ni a DEBER JURÍDICO. La función legislativa en principio se ejercerá programáticamente; los cometidos estatales que se buscan con la ley no son, en principio, de ejercicio inmediato y concomitante con el apareamiento de la Carta Fundamental”¹¹². Esta posición se explica en el fallo realizando las siguientes consideraciones:

1. Para la Sala el término omisión desde el punto de vista jurídico hace referencia al “...incumplimiento de una obligación que debió ejecutarse dentro de cierto término y con determinadas cualidades”¹¹³.
2. Se explica que el artículo 90 de la Carta Mayor exige que para la declaratoria de responsabilidad se requiere que “que **una acción o una omisión** de una Autoridad Pública, cualquiera sea, **cause un daño antijurídico**, a una persona o a sus bienes”¹¹⁴, pero que dicho daño no hace alusión a la conducta, sino a la consecuencia. Además, señaló que esta norma se encuentra ligada con el artículo 2 de la C. N.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid.

3. El ad quem aborda el problema de la omisión, la cual es observada desde dos perspectivas: i) “...**como conducta jurídica reprochable** requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado”¹¹⁵; ii) “...**omisión ESTATAL como causa de imputación del daño indemnizable**...” la cual requiere “...la presencia de dos sujetos - el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber – y la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero)...”¹¹⁶.
4. La exigibilidad de la función legislativa es distinta al caso de la función administrativa, pues la primera “...en lo potencial, dice de la competencia del Estado... para dictar disposiciones con fuerza material de ley pero, por lo general, tal función no es constitutiva de obligación; no es deber imperativo del Estado por medio de sus Autoridades competentes dictar cánones legales por el simple paso del tiempo. **La función legislativa, en principio, se debe manifestar** cuando las situaciones circunstanciales de hecho o derecho la hacen necesaria”¹¹⁷.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado expresó que si no existe para el legislador el deber de expedir normas en un periodo de tiempo determinado, tampoco se podría predicar que se presenta “...DERECHO CORRELATIVO DE LOS ADMINISTRADOS para obtener de los jueces y a su favor la declaratoria de responsabilidad por OMISIÓN DEL LEGISLADOR”¹¹⁸. En este punto se indicó que no es posible que la omisión legislativa le cause un daño antijurídico a una persona, pues “...antes de demandar una situación jurídicamente...”¹¹⁹ debe estar “...protegida o por la ley o por el derecho....”¹²⁰.

En razón a estas consideraciones, el Consejo de Estado negó la posibilidad de reclamar la reparación de los perjuicios que pudiera ocasionar la omisión legislativa.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

5 OBSERVACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA

Una vez analizada la responsabilidad extracontractual del Estado originada en el ejercicio de la función legislativa, en los casos en que no existe regulación específica en la Carta Fundamental o en la ley, dentro de la jurisprudencia de las altas cortes y, en aplicación de la Ley 1437 de 2011, es necesario hacer algunas precisiones, cuyo propósito es resaltar algunos puntos de interés, al igual que señalar algunos eventos que no han sido estudiados por los altos tribunales.

5.1. CASOS EN QUE SE RECONOCE LA POSIBILIDAD DE EXIGIR LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS POR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

Como ya se observó en el acápite anterior, en los pronunciamientos del Consejo de Estado se ha analizado tres eventualidades en las cuales se ha buscado que se repare los perjuicios causados por supuestos daños antijurídicos derivados de la función legislativa. Sin embargo, sólo en uno de estos casos se reconoce que se configura un daño antijurídico imputable al Estado que permite una reparación patrimonial.

Específicamente, se trata de los eventos en los cuales la aplicación de una norma con fuerza material de ley, genera para un individuo un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, sin que se haya cometido alguna conducta contraria derecho por parte del Estado, lo cual permite imputarle la responsabilidad de resarcir los perjuicios que cause a título de daño especial.

Esto implica que deban acreditarse los requisitos contenidos en el Artículo 90 de la Constitución para configuración de la responsabilidad del Estado, a saber:

1. Que se presente un daño antijurídico.
2. Que el daño pueda ser imputado al Estado.

Se recuerda que esta forma de observar el origen de la responsabilidad del Estado fue incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano, por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, como se observar en su acta No. 113:

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden

jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufra la víctima de un daño causado por su gestión por que ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración, causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta de actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo¹²¹.

Para ilustrar esta doctrina en la práctica judicial, se trae a colación la Sentencia de mayo 9 de 2012, emanada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la cual se señala:

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional)¹²².

¹²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional N° 12, 13 de julio de 1991, p. 7 – 8.

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de mayo 9 de 2012, Rad. 22366.

De esta forma se reconoce que, a pesar de que no se presente una falla en la prestación del servicio, el Estado puede ser declarado administrativamente responsable por los daños que cause, cuando pueda imputarse a su acción u omisión la generación de un daño originado en el rompimiento de las cargas públicas sobre un administrado.

Para el caso de la responsabilidad del Estado Legislador, el título de imputación se traduce en que el ejercicio de la función legislativa cause para un administrado el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, lo cual conllevará a que deba repararse los perjuicios generados por tal situación.

Así se tiene que sólo en este tipo de circunstancias, la jurisprudencia de la Máxima Autoridad de lo Contencioso Administrativo ha reconocido la reparación de un daño antijurídico causado por el ejercicio de la función legislativa.

5.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa en los casos de omisión legislativa, se encuentra inescindiblemente ligado a los planteamientos de la Corte Constitucional sobre el tema, motivo por el cual es importante analizar algunos de sus fallos.

En primer lugar, se debe resaltar la Sentencia C – 067 de 1999, en la cual se analiza la inconstitucionalidad originada en la omisión legislativa, ligando el examen de constitucionalidad con el derecho a la igualdad. Con este propósito se realizó una diferenciación entre Omisión legislativa absoluta y relativa.

Para la Corte Constitucional se produce una omisión legislativa “...cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”¹²³, la cual se puede presentar en los siguientes eventos:

1. “...Cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente...”¹²⁴: para la Sala esta corresponde a “...una omisión legislativa **absoluta**, pues no existe precepto alguno”¹²⁵. (Negrillas dentro del texto original)

¹²³ Corte Constitucional, M. P. VICTORIA SACHICA MENDEZ, Sentencia C – 067 de 1999.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

2. *“...Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros...”¹²⁶.*
3. *“...Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás...”¹²⁷.*
4. *“...Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución...”¹²⁸.*

Para la Corte, los casos 2, 3 y 4 corresponden a omisiones legislativas relativas, debido a que el legislador expide una *“...ley que desarrolla un deber constitucional, en ella solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad...”¹²⁹.*

Para la Corte Constitucional no es posible que se configure una inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, lo cual explica mediante apartes de la Sentencia C – 543 de 1996, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz y C – 073 de 1996 con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo:

“La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. (...) Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

omisión legislativa absoluta. (Sentencia C-543/96. M.P. : Dr. Carlos Gaviria Díaz)¹³⁰. (Cursiva y comillas dentro del texto original)

“La acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada.” (Sentencia C- 073 de 1996. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)¹³¹. (Cursiva y comillas dentro del texto original)

No obstante, la Máxima Autoridad de la Jurisdicción Constitucional señaló que si es posible que se presente “...una inconstitucionalidad por omisión relativa cuando del contenido normativo de una disposición al ser incompleto, resulta violatorio del principio de igualdad...”. Esta posición se plantea desde las Sentencias C – 555 de 1994 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz y C – 146 de 1998 con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa, de las cuales retoma los siguientes apartes:

“ No obstante lo anterior, resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecuibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de los extremos de comparación.”

El legislador es llamado a desarrollar los preceptos constitucionales y al hacerlo debe respetar los principios y las normas impuestos por el constituyente. No puede, por consiguiente, legislar discriminatoriamente

¹³⁰ Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C – 543 de 1996. Tomado de Corte Constitucional, M. P. VICTORIA SACHICA MENDEZ, Sentencia C – 067 de 1999.

¹³¹ Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C – 073 de 1996. Tomado de Corte Constitucional, M. P. VICTORIA SACHICA MENDEZ, Sentencia C – 067 de 1999.

favoreciendo tan solo a un grupo dentro de las muchas personas colocadas en idéntica situación. Si lo hace, incurre en omisión discriminatoria que hace inconstitucional la norma así expedida. (Sentencia C-146/98, M.P. : Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)¹³².

“El ejercicio de cualquier competencia discrecional que degenere en tratamientos discriminatorios (CP. art. 13), frente a sujetos que se encuentren colocados en una misma situación, se torna arbitraria y pierde sustento constitucional.” (Sentencia C-555/94. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)¹³³.

En igual sentido, en sentencia C – 185 de 2002 el Tribunal Constitucional manifestó sobre la omisión legislativa, que la jurisprudencia de esta alta magistratura ha admitido que es posible vulnerar la Carta Mayor con esta forma de ejercer la función legislativa:

De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente - fruto de la acción legislativa ordinaria o especial- como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer.

No obstante lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional. Así, desde una perspectiva eminentemente finalista, la Corte ha señalado que cuando se cuestiona la legitimidad de la actividad congresional por incurrir en presuntas

¹³² Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C – 146 de 1998. Tomado de Corte Constitucional, M. P. VICTORIA SACHICA MENDEZ, Sentencia C – 067 de 1999.

¹³³ Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C – 555 de 1994. Tomado de Corte Constitucional, M. P. VICTORIA SACHICA MENDEZ, Sentencia C – 067 de 1999.

conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo tiene lugar, sí y sólo sí, cuando la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta¹³⁴.

De esta manera, se planteó nuevamente la diferencia entre omisión absoluta y relativa, explicando que la primera no puede generar un pronunciamiento de inconstitucionalidad, manifestando que:

Tratándose de la omisión absoluta, es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla... Por ello, si no ha sido expedida una ley en sentido formal y material, no puede hablarse de un cotejo entre normas legales y el texto de la Constitución Política y, de contera, no es posible que prospere el reproche que por omisión se formula ante este organismo de control¹³⁵.

Para explicar este particular se retomó la Sentencia C – 543 de 1996, para después continuar con el análisis de la omisión legislativa desde la perspectiva relativa, sobre la cual expresó:

Por el contrario, en el caso de la llamada omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos. En consecuencia, puede

¹³⁴ Corte Constitucional, M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL, Sentencia C – 185 de 2002.

¹³⁵ Ibid.

afirmarse que en esta hipótesis, se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso¹³⁶.

La Corte señala que para realizar el examen de inconstitucionalidad de una norma, en razón a que el legislador incurrió en una omisión legislativa, se deben cumplir las siguientes condiciones:

(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

En este mismo contexto, haciendo referencia a los requisitos de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad, la doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso¹³⁷.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

Bajo estas consideraciones, la Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo concluyó

Así las cosas, al margen de las condiciones que son necesarias para determinar la ocurrencia de una omisión relativa, es claro que las demandas dirigidas contra normas de las cuales no se extraiga en forma directa la materia que ha sido omitida por el legislador, no pueden ser resueltas en sede del proceso de constitucionalidad. No solo por cuanto se ha desconocido el cumplimiento de un requisito de admisibilidad de la acción - acusar el precepto del cual surge la presunta violación a la Carta -, sino además, (y en plena concordancia con lo anterior) por cuanto la Constitución Política no le otorga a la Corte competencia para examinar, *ex officio*, aquellas disposiciones que no fueron formalmente acusadas por los ciudadanos mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (C.P. art. 241-4-5)¹³⁸.

En la Sentencia C – 809 de 2002 se confirmó lo señalado en la sentencia C – 185 de 2002 sobre omisión legislativa y los requisitos para que proceda un examen de constitucionalidad. Igualmente, en Sentencia C – 836 de 2002 se reiteró los casos en que puede configurarse la omisión legislativa, y especialmente, frente la omisión relativa se manifestó que nuevamente que sólo puede presentarse por violación del principio de igualdad.

La Sentencia C – 528 de 2003 reitera que únicamente es procedente realizar un juicio de constitucionalidad en los casos de omisión legislativa, cuando esta es relativa, recordando lo señalado anteriormente sobre las omisiones absolutas. Frente a la omisión relativa, manifestó que “...*la Corte sólo tiene competencia para desatar demandas de inconstitucionalidad basadas en cargos por omisión en la ley, siempre y cuando dicha omisión sea relativa. Y un cargo de inconstitucionalidad por omisión es relativo cuando denuncia la ausencia de un elemento que la Ley debería incluir para garantizar, por ejemplo, el derecho a la igualdad o el derecho al debido proceso de los particulares*”¹³⁹. En este caso explicó la omisión relativa desde la Sentencia C – 041 de 2002, de la cual toma el siguiente aparte:

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Corte Constitucional, M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sentencia C – 528 de 2003.

“Una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales -, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional.” (Sentencia C-041 de 2002)¹⁴⁰. (Comillas en el texto original)

De estas providencias se colige que la omisión legislativa no puede acarrear ningún tipo de responsabilidad para el Estado Legislador, puesto que en estos eventos no existe el deber de realizar la reglamentación de un tema específico, lo que implica que el agente estatal no se encuentra en la obligación de observar una conducta determinada, siendo imposible que se cause un daño antijurídico. En otras palabras, la libertad de configuración legislativa le permite al legislador decidir en qué momento es oportuno ejercer su actividad, siempre y cuando no exista una norma jurídica que le imponga un periodo de tiempo en el cual deba hacerlo. De esta forma, no se causa un perjuicio antijurídico debido a que no existe un deber estatal con respecto al momento de ejercer tal función.

5.3. CASOS NO ANALIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

De acuerdo a las providencias planteadas, se puede extraer la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico colombiano se presenten al menos dos casos que no han sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cuales se analizarán separadamente de acuerdo a los supuestos fácticos que implican su configuración.

5.3.1. Casos en que la norma legal fue objeto de declaración de inconstitucionalidad y sus efectos son retroactivos.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, M. P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sentencia C – 042 de 2002. Tomado de Corte Constitucional, M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sentencia C – 528 de 2003.

En una de estas posibilidades señaladas en el capítulo anterior, la parte actora pretendía que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado originada en un supuesto daño originado por los efectos producidos por una disposición legal que va en contravía de la Carta Mayor, la cual es declarada posteriormente inconstitucional. La fuente de imputación en este caso se encuentra en la inconstitucionalidad de la medida legislativa. Frente a esta posibilidad, el Consejo de Estado señaló que, si bien una ley es declarada inconstitucional, cuando el juez constitucional realiza su pronunciamiento tiene la potestad de determinar los efectos de su decisión en el tiempo. Por esta razón, cuando el juez constitucional señala que los efectos de su providencia son *ex nunc*, se entiende que durante el periodo de tiempo en que la disposición estuvo dentro del ordenamiento jurídico, la autoridad judicial señaló que tal norma era constitucional.

El daño antijurídico bajo esta tesis no se puede configurar, o al menos, no es susceptible de declaración, debido a que aquel consiste en que la víctima o sujeto pasivo de la acción estatal, no tiene el deber jurídico de soportar la aplicación de una norma legal que es contraria a la Constitución, toda vez que esta última brinda ciertas garantías a los administrados y tiene aplicación preferente. No obstante, la declaración que realiza el juez constitucional al momento de diferir los efectos de su sentencia hacia futuro, implica que antes de la declaración de inconstitucionalidad, la medida legislativa sea considerada como ajustada a la carta fundamental, motivo por el cual desaparece la base del daño antijurídico.

De esta forma, los daños que se hubiesen causado en razón de la inconstitucionalidad de la norma de rango legal durante la vigencia de esta, no pueden reclamarse cuando el juez constitucional únicamente previó que los efectos del fallo que retira la disposición legal del ordenamiento jurídico, rigen hacia futuro, puesto que faltaría uno de los elementos para la configuración de la responsabilidad del Estado en términos del artículo 90 de la Carta Mayor.

No obstante, existe la posibilidad de que el juez constitucional señale que los efectos de su sentencia son *ex tunc*, motivo por el cual, la norma de rango legal sea considerada desde su expedición, o al menos, desde cierto momento en el pasado como inconstitucional. En este evento, el daño antijurídico sí puede configurarse, toda vez que la disposición surtió efectos bajo el entendido de era inconstitucional, por lo que sí existe la posibilidad de que surja la responsabilidad del Estado derivada de la función legislativa, siempre y cuando concorra el otro requisito de la declaratoria de responsabilidad del Estado, es decir, que el daño le sea imputable.

Sobre esto, es necesario realizar algunas apreciaciones sobre los efectos de la ley y de las providencias de la Corte Constitucional en el tiempo. Sobre el primero de los temas se encuentra la Sentencia de octubre 30 de 2003, en la cual la Sección Tercera de Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conoció

de un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare. La demanda se fundamentó en la aplicación indebida de una norma que establecía un impuesto, a la cual, según el demandante, se le estaba dando efectos retroactivos.

Para resolver el problema planteado, la Sala de Decisión analiza el tema de la vigencia de la ley en el tiempo, diferenciando cuando se trata de leyes procesales y leyes sustanciales, desde la óptica de la ley 153 de 1887:

La ley 153 de 1887 determina que **las leyes procesales** (de sustanciación y ritualidad de los juicios) rigen desde su vigencia y por tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir que son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 40).

Tal previsión ha permitido concluir que a las situaciones reguladas en leyes no procedimentales (**sustanciales**) debe aplicárseles la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que la ley sanciona, coligiéndose entonces que la regla general predominante es la de **irretroactividad** de la ley y que la excepción nace de la indicación expresa del legislador sobre **retroactividad** o cuando en materia penal y disciplinaria aparece el principio de favorabilidad¹⁴¹. (Negrillas dentro del texto original)

El ad quem manifiesta que el “...*principio general de irretroactividad de las **leyes no procedimentales**, como regla general, permite hacer efectivos otros principios como son los de la seguridad jurídica y del juzgamiento con base en la legalidad preexistente al hecho que se imputa (art. 29 Constitución Política)*”¹⁴². (Subrayas y negrillas dentro del texto original)

Sin embargo, existen excepciones a esta regla, como en el caso de los efectos de las providencias de la Corte Constitucional, siendo una muestra clara la Sentencia C – 149 de 1993, en la que se decidió unas demandas de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6a. de 1992, los cuales señalan que los particulares que superaban un cierto patrimonio o que hubieren

¹⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. MARIA HELENA GIRALDO GOMEZ, Sentencia de octubre 30 de 2003, Rad. 17213.

¹⁴² Ibid.

obtenido ciertos ingresos hasta 31 de diciembre de 1991, debían invertir en Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna. En dichas demandas se adujo que se violaban los artículos 338 y 363 de la Constitución Política. Para analizar los cargos de la demanda, la Corte analizó la naturaleza de la contribución, partiendo de la tesis de:

...que no siempre una denominación legal corresponde con exactitud al contenido material de las figuras que contempla una ley sometida a examen de constitucionalidad. Obligada como está la Corporación a efectuar el estudio de las leyes no solo por su forma sino por su materia, deben ser reconocidos los elementos principales de los títulos creados por la Ley 6a. de 1992 con miras a determinar su verdadera naturaleza y únicamente sobre la base cierta de ella, definir si se acomodan a las exigencias constitucionales o si, por el contrario, las desconocen¹⁴³.

El Tribunal Constitucional analizó las características y particularidades de la contribución estipulada en las normas demandadas, destacando las siguientes: *“un desembolso efectivo que deben hacer a favor del Estado”*...*las personas jurídicas y las personas naturales que en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a siete millones de pesos (7.000.000) o su patrimonio bruto a 31 de diciembre del mismo año hubiere sido superior a treinta millones de pesos (30.000.000)...*¹⁴⁴; *“...existe una base típicamente tributaria para efectuar dicho desembolso y que, lejos de proceder de una negociación o acuerdo entre el Estado y sus posibles prestamistas, se tiene una imposición de ineludible acatamiento para todos aquellos que encajen dentro de los presupuestos de renta y patrimonio señalados en la norma”*¹⁴⁵; *“...la previsión de sanciones y controles aplicables a quienes no hayan efectuado el indicado desembolso dentro del término establecido, lo cual desvirtúa definitivamente el carácter voluntario y espontáneo que en principio distingue a todo empréstito”*¹⁴⁶; las sanciones y controles tienen una *“...naturaleza tributaria y su definición e imposición corresponde al ente encargado de administrar los tributos del orden nacional...”*¹⁴⁷.

¹⁴³ Corte Constitucional, M. P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Sentencia C – 149 de 1993.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

En atención a estas características la Corte Constitucional concluyó que en realidad las normas demandadas creaban un impuesto “...prescindiendo totalmente de la voluntad de los sujetos pasivos -que sería natural en el caso de celebrarse un contrato de empréstito- establecen a cargo de ellos la obligación de trasladar a favor del Estado una suma de dinero calculada sobre las mismas bases y por el mismo periodo de un tributo...”¹⁴⁸, aduciendo también que “...el traslado de tales recursos al tesoro público es definitivo, ya que, si bien se estipula un término de redención de los bonos, éstos “...se redimirán por su valor con el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos (subraya la Corte) durante el año 1998”¹⁴⁹. La Sala observa que “En virtud de la misma norma, el supuesto “inversionista” no resulta favorecido con ninguna clase de interés -lo cual excluye absolutamente que los fondos se entreguen a título de inversión- y ni siquiera percibe un elemental reconocimiento por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda durante los seis años en que tales recursos permanecen en manos del Estado”¹⁵⁰.

De esta forma encontró la Corte que cuando la ley empezó a regir y era vinculante para los contribuyentes “...ya se habían consolidado los hechos respecto de los cuales se creó la contribución. En otros términos, la ley tomó como situaciones a las cuales se aplicaba el impuesto y como bases para la liquidación del mismo hechos anteriores a su vigencia y, por ende, creó un impuesto con carácter retroactivo”¹⁵¹, motivo por el cual se encuentra en contravía de lo preceptuado por el inciso 3 del artículo 338 y el inciso 3 del artículo 363 constitucionales, los cuales prohíben expedir normas que fijen contribuciones con efectos retroactivos.

Por último, la Corte tuvo en cuenta que el impuesto ya había sido recaudado, por lo que decidió ordenar la devolución de las sumas que habían sido canceladas, por lo que ordenó “...al Ministerio de Hacienda y Crédito Público REINTEGRAR, en un término que no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la Ley 6a. de 1992”.

Estas providencias permiten demostrar que si bien el principio de irretroactividad es la regla general, este no es absoluto, circunstancia que no se encuentra sólo en la teoría, sino que ha sido aplicada en los estrados, resaltando que existen casos en que la Corte Constitucional ha otorgado efectos retroactivos a sus providencias.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que en casos como el de la Sentencia C – 149 de 1993, se señaló la forma en que se realizaría la reparación de los daños causados por la ley declarada inexecutable con efectos ex – tunc. En estos eventos, el mecanismo adecuado para lograr la reparación consistirá en acogerse al mecanismo señalado en sede judicial de manera preferente. Sin embargo, es posible acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para reclamar la reparación de los perjuicios causados por ejercicio de la función legislativa en razón a que una ley fue declarada inconstitucional con efectos ex tunc, cuando la providencia que realizó tal declaratoria no contempla un mecanismo especial para resarcir los daños ocasionados.

5.3.2. Aplicación de la teoría del daño especial en los casos en que la norma fue declarada inconstitucional y los efectos se extienden hacia el futuro

En el primer evento señalado en el numeral anterior, es decir, cuando el juez constitucional le da a su fallo efectos ex nunc, cabe la posibilidad de que una ley cause un perjuicio antijurídico durante el lapso de tiempo que estuvo vigente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, bajo el entendido de que el sujeto pasivo de la acción u omisión estatal haya sido víctima de un desequilibrio en las cargas públicas. En este caso, el daño antijurídico no se configura porque la norma sea inconstitucional, sino por la aplicación de la teoría del daño especial.

Bajo este entendido, esta eventualidad se enmarcaría dentro del supuesto señalado en el numeral 6.1. de este trabajo. Es necesario señalar que el Consejo de Estado, en el peor de los casos, al menos parece aceptar de forma tácita que pueda presentarse esta posibilidad, recordando la consideración realizada en el auto de mayo 15 de 2003 proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo según la cual *“Los efectos materiales causados por los actos declarados inexecutables por la Corte, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexecutableidad no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía”*¹⁵².

¹⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de mayo 15 de 2003, Op. cit.

6 CONCLUSIONES

1. La identificación de los casos de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa, exige en primera medida que se identifique tal actividad y se concrete en la producción de una disposición normativa que haya agotado los procedimientos establecidos para la conformación de las leyes.
2. La función legislativa se encuentra a cargo de dos autoridades: El Congreso de la República de manera preferente y; excepcionalmente en el Presidente de la República cuando sea revestido de facultades para ejercerla o profiera decretos legislativos en un estado de excepción.
3. Tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, han reconocido que el ordenamiento jurídico Colombiano permite solicitar en sede judicial la reparación de los perjuicios causados por un daño antijurídico derivado del ejercicio de la función legislativa.
4. Las normas procedimentales contenidas en la Ley 1437 de 2011, permiten solicitar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del mecanismo denominado reparación directa, la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa y la consecuente reparación de los perjuicios ocasionados.
5. La jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce únicamente la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del ejercicio de la función legislativa, cuando una disposición normativa con fuerza material de ley genera un daño antijurídico a un administrado a título de daño especial.
6. El Consejo de Estado ha negado que se pueda configurar la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del ejercicio de la función legislativa, porque una disposición legal haya sido declarada como inconstitucional por el juez constitucional, cuando los efectos del fallo de este último tengan efectos ex nunc.
7. La Máxima Autoridad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha negado la posibilidad de obtener la reparación de perjuicios que se pudieran causar en virtud de una omisión legislativa.

8. Existen al menos dos eventos no estudiados por el Consejo de Estado en los cuales es posible que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa: cuando la aplicación de una disposición legal genera un daño y es declarada inconstitucional, en el evento en que los efectos del fallo del juez constitucional sean ex tunc; cuando una disposición legal es declarada inconstitucional y los efectos del fallo del juez constitucional se aplican hacia futuro, siempre que la aplicación de tal disposición haya causado un perjuicio antijurídico a título de daño especial.

7 RECOMENDACIONES

1. Para determinar si existe responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa, se debería en primer lugar acudir al criterio formal de ley para determinar si la disposición que supuestamente está causando un daño antijurídico corresponde a una ley como tal.
2. La vía procesal adecuada para plantear un litigio que verse sobre la responsabilidad extracontractual del Estado originada en el ejercicio de la función legislativa, se encuentra en fijar la pretensión en los términos del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
3. Es viable acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solicitar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa en el caso planteado en el numeral 5.1. de este trabajo, toda vez que ha sido objeto de un pronunciamiento favorable por el Consejo de Estado.
4. Es viable acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solicitar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la función legislativa en los casos planteados en los numerales 5.2.1. y 5.2.2. de este trabajo, toda vez que su fundamento se encuentra acorde con las normas que rigen el tema de la responsabilidad en Colombia, especialmente el caso del numeral 5.2.2. debido a que los supuestos de derecho en que se fundan tienen gran semejanza con el caso que tuvo sentencia favorable del Consejo de Estado.

BIBLIOGRAFIA

CHARRY U. Juan. Sistema normativo de la constitución de 1991. 2ed. Bogotá: Temis, 1997. p. 45 – 46.

Código Contencioso Administrativo. Vigésima sexta edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2006. Art. 86.

Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, art. 104, 140.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia En: Gaceta Constitucional, Bogotá Vol. 12, (13, jul., 1991); p. 7 – 8.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Sentencia de 2 de noviembre de 1960, Exp. 298.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Jorge Valencia Arango, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Sentencia de octubre 18 de 1990, Rad. 5396.

Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993. Tomado de Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C – 038 de 2006.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 2 de 1995, C. P. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ. Rad. 9273.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia de agosto 25 de 1998, C. P. Rad. IJ-001.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. María Elena Giraldo Gomez, Sentencia de noviembre 1 de 2001, Rad. 13002.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Rad. 20945.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Auto de mayo 15 de 2003, Rad. 23245.

Consejo de Estado, Sección Cuarta, C. P. María Elena Giraldo Gomez, Sentencia de junio 12 de 2003, Rad. 00014-01(AG).

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. María Elena Giraldo Gomez, Sentencia de octubre 30 de 2003, Rad. 17213.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Ruth Estela Correa Palacio, Sentencia de marzo 8 de 2007, Rad. 16421.

Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de mayo 9 de 2012, Rad. 22366.

Constitución Nacional de Colombia de 1886. Art. 16.

Constitución Política de Colombia de 1991. Vigésima octava edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2010. art. 90, 113, 114, 133, 150, 152, 153, 212, 213, 214, 215, 230.

Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C – 149 de 1993.

Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C – 529 de 1994.

Corte Constitucional, Sentencia C – 037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, Tomada de Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de septiembre 26 de 2002, Rad. 20945.

Corte Constitucional, Sentencia C – 333 de 1996. Tomado de Corte Constitucional, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C – 038 de 2006.

Corte Constitucional, M. P. Martha Victoria Sachica Mendez, Sentencia C – 067 de 1999.

Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C – 700 de 1999.

Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C – 893 de 1999.

Corte Constitucional, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C – 185 de 2002.

Corte Constitucional, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C – 809 de 2002.

Corte Constitucional, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C – 836 de 2002.

Corte Constitucional, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C – 1028 de 2002.

Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sentencia C – 038 de 2006.

FRANCO GOMEZ, Catalina y HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad extracontractual del Estado- Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 15, 17, 19, 21.

HERRAN OCAMPO, Valeria. El otorgamiento de facultades extraordinarias. Bogotá, 2001, p. 33 – 34. Trabajo de Grado (abogado). Universidad Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Ley de 21 de mayo de 1851, art. 15.