

# **ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR**

RODOLFO ANDRÉS CORREA VARGAS

Monografía para optar  
al título de Magister en  
Derecho Administrativo

Director  
Dr. Luis Botero Aristizábal  
Catedrático

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ, D.C.  
2012









## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I. TRAS LAS HUELLAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR. LOS ESFUERZOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS PARA LA ADMISIÓN DE ESTA FORMA DE RESPONSABILIDAD.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1 Primera Etapa: la negación de esta forma de responsabilidad.....</b>	<b>17</b>
1.2 Segunda Etapa: La admisión de la responsabilidad estatal por los daños producidos por la legislación.....	31
<b>CAPÍTULO II. ANÁLISIS SISTÉMICO DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL COMO PRESUPUESTO PARA EL ENTENDIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR.....</b>	<b>48</b>
2.1 La falta de un análisis sistemático de la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular.....	48
2.2 Hacia una análisis sistemático de la responsabilidad del Estado, como primer paso para la sistematización de la responsabilidad del Legislador.....	50
2.2.1 <i>Concepto y sentido de un sistema de responsabilidad.....</i>	<i>50</i>
2.2.1.1 Aproximación a la noción de sistema.....	51
2.2.1.2 El concepto de responsabilidad.....	52
2.2.1.3 Sentido y alcance de un: “sistema de responsabilidad”.....	54
<b>2.3 Aproximación a la estructura del sistema de responsabilidad     estatal.....</b>	<b>57</b>
2.3.1 <i>Los principios, primer componente del sistema de         responsabilidad estatal.....</i>	<i>59</i>
2.3.1.1 Garantía del Patrimonio de los asociados.....	62



2.3.1.2	Confianza Legítima.....	63
2.3.1.3	Igualdad o equilibrio de las cargas públicas.....	66
2.3.1.4	Antijuridicidad del daño.....	71
2.3.2	<i>Las reglas como segundo componente del sistema de responsabilidad estatal.....</i>	<i>75</i>
2.3.2.1	Primera regla: para que haya responsabilidad debe existir un hecho atribuible al Estado.....	76
2.3.2.2	Segunda regla: es necesario, para que se declare la responsabilidad, que entre el hecho atribuible y el daño producido, exista una relación de causalidad suficiente que vincule al segundo como consecuencia del primero.....	78
2.3.2.3	Tercera regla: el daño es condición necesaria para que haya posibilidad de declarar la responsabilidad.....	81
2.3.3	<i>Los subsistemas de responsabilidad estatal.....</i>	<i>82</i>
2.3.3.1	Subsistema de responsabilidad administrativa.....	84
2.3.3.2	Subsistema de responsabilidad judicial.....	85
2.3.3.3	Subsistema de Responsabilidad del Legislador.....	87
2.3.4	Regímenes de responsabilidad estatal.....	89
2.3.4.1	Régimen subjetivo o por falta.....	90
2.3.4.1.1	Títulos jurídicos de imputación en el subrégimen subjetivo.....	92
2.3.4.1.1.1	La noción general de título jurídico de imputación.....	92
2.3.4.1.2	de la falla probada del servicio y falla presunta, como títulos jurídicos de imputación específicos.....	90
2.3.4.1.2.1	La falla probada.....	93
2.3.4.1.2.2	La falla presunta.....	95
2.3.4.2	Régimen objetivo de Responsabilidad Estatal.....	98



2.3.4.2.1 Sub régimen objetivo por riesgo y sus títulos jurídicos de imputación.....	98
2.3.4.2.1.1 Riesgo excepcional.....	100
2.3.4.2.1.2 Actividades peligrosas.....	104
2.3.4.2.1.3 Realización de obras públicas.....	106
2.3.4.2.2 Sub régimen objetivo por solidaridad y títulos jurídicos de imputación.....	107
2.3.4.2.2.1 Daño especial.....	110
2.3.4.2.2.2 Ocupación de inmuebles por causa de trabajos u obras públicas.....	111
2.3.4.2.2.3 Contaminación por fluidos corporales.	116

### **CAPÍTULO III. HACIA UN SUBSISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL LEGISLADOR.....**

117

#### **3.1 Justificación de la existencia de un subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.....**

117

#### **3.2 Soporte lógico estructural del subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.....**

118

##### *3.2.1 Definición de una regla general de responsabilidad:.....*

118

##### *3.2.2 Definición de las Condiciones de Responsabilidad (CR).....*

119

##### *3.2.3 Propuesta de estructura del Subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.....*

120

##### **3.2.3.1 Principios que determinan la operatividad del subsistema de responsabilidad del legislador.....**

121

##### **3.2.3.1 .1 Garantía del Patrimonio de los asociados.....**

122

##### **3.2.3.1.2 Confianza Legítima.....**

123

##### **3.2.3.1.3 Igualdad o equilibrio de las cargas públicas.....**

125

##### **3.2.3.1.4 Antijuridicidad del daño.....**

126



3.2.3.2 Reglas específicas de funcionamiento del subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.....	129
3.2.3.2.1 La existencia de un hecho del legislador.....	129
3.2.3.2.1.1 De los componentes funcionales del actuar del legislador.....	129
3.2.3.2.1.2 Las acciones posibles en el desarrollo de la función legislativa de donde se podría derivar un daño antijurídico.....	132
3.2.3.2.1.2.3 Las omisiones dables en ejercicio de la función legislativa.....	135
3.2.3.2.2 Un nexo causal entre la conducta del Legislador y el perjuicio causado.....	144
3.2.3.2.3 La existencia de un daño causado por el Legislador.....	140
3.2.3.3 Regímenes susceptibles de aplicación dentro del subsistema de responsabilidad del legislador.....	141
3.2.3.4 Títulos jurídicos bajo los cuales se puede imputar la responsabilidad del Estado en el marco de los daños que se ocasionen por el hecho del legislador.....	142
3.2.3.4.1 La Falla del Servicio Legislativo.....	144
3.2.3.4.2 El Daño Especial.....	151
<b>CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE LEGENDA FERENDA Y CONCLUSIONES.....</b>	<b>154</b>
4.1 Sobre la Propuesta de Lege Ferenda.....	154
4.2 Conclusiones.....	157
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>160</b>



*A la memoria de mi padre y al amor de mi madre.*





## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad es, sin duda alguna, la piedra angular en la construcción y el entendimiento del fenómeno jurídico. No tendría columna vertebral el andamiaje forjado alrededor del Derecho sin la presencia de este concepto.

La responsabilidad es el presupuesto inmediato y esencial para aplicar las consecuencias jurídicas contenidas en la norma.

Como prueba de lo afirmado, autores de la talla del maestro de Viena, *Hans Kelsen*<sup>1</sup>, han definido la norma jurídica como un juicio hipotético, es decir, un juicio que condiciona la aplicación de una sanción a que ocurra un hecho determinado que recibe el nombre de transgresión. Precisamente, en el espacio que va de la verificación del hecho a la aplicación de la consecuencia jurídica, está la responsabilidad, figura sin la cual resultaría inviable la imposición de la sanción.

Señala el autor citado que, para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, el Derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Aplicar una norma es, entonces, formular un juicio imputativo en relación con los sujetos que a consecuencia de la realización del supuesto normativo resultan obligados o facultados<sup>2</sup>.

En sustancia, durante el acto de aplicación podemos distinguir dos momentos precedidos por la identificación de la norma que contiene el caso:

a. La comprobación de que un hecho realiza la hipótesis contenida en la norma.

b. La atribución o imputación de la consecuencia normativa a determinadas personas. Se trata pues de la identificación de los sujetos destinatarios

---

1 KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México: Grupo Editorial Éxodo, 2006. p. 65.

2 Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá: Esquilo, 2003. p. 319.



de la norma, es decir, los sujetos pasibles de las obligaciones o titulares de los derechos condicionados, por la realización del hecho jurídico.

Ahora bien, la institución de la responsabilidad jurídica, manteniendo estos aspectos estructurales básicos, se traslada al campo del derecho administrativo como uno de sus fundamentos esenciales acompañado del principio de legalidad y la división del poder público.

Desde luego, para la correcta comprensión del funcionamiento de la figura en marras en el campo estatal, nos encontramos obligados a señalar que para la elaboración de las distintas formas de responsabilidad estatal se ha utilizado una premisa lógica: la directa percepción tangible del daño ocasionado por un agente del Estado, producto de la irrefutable e indiscutible acción u omisión emanada de este; lo que a todas luces ha dificultado que el desarrollo teórico de la responsabilidad patrimonial del Estado fluya en su estructuración en otros campos distintos a la acción u omisión de la Administración, tal como sucede en el caso de la responsabilidad del Legislador.

Pero, en todo caso, es claro que la multiplicidad de respuestas que se pueden ofrecer a problemáticas específicas como esta, la de la responsabilidad patrimonial del Legislador, se debe a la diferencia no en los procedimientos de elaboración o hermenéutica de las normas, sino en la perspectiva desde la que se aborde el entendimiento de las premisas básicas de las que parte el Derecho Público en una sociedad determinada, premisas que, a su vez, son influenciadas por la específica concepción que se tenga sobre el Estado; lo que nos obliga a analizar el problema desde la raíz, esto es, desde el aspecto ideológico. Así, una organización jurídica y política estará determinada por las nociones de legitimidad, soberanía y poder público, obedeciendo a la naturaleza del modelo filosófico político dominante.

Es por ello que sobre la base de la concepción clásica de la soberanía, entendida esta en términos de *Jean Bodin* como *puissance absolue et perpétuelle d'une république*, se caracterizó el poder del Estado como supremo sobre los ciudadanos y súbditos, esto es, no sometido a las leyes.

Dicho poder se consideró perpetuo a diferencia de cualquier concesión de poder limitada a un periodo determinado de tiempo. Era inalienable y no estaba sujeto a prescripción. No estaba sometido a las leyes porque el soberano era la fuente del derecho. El soberano no podía obligarse a sí



mismo ni obligar a sus sucesores, ni podía ser hecho legalmente responsable ante sus súbditos, pues la ley del país no era sino el mandato del soberano y, en consecuencia, toda limitación del poder de mandato tenía que ser extralegal, pues el atributo primario de la soberanía consistía en el poder de dar las leyes a los ciudadanos tanto colectiva como individualmente, sin el consentimiento de un superior, igual o inferior<sup>3</sup>.

De hecho, como lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana, la tradicional división del poder público en tres ramas: la ejecutiva, la legislativa y la judicial, la obligación de reparar daños causados por la actividad estatal en principio se predicaba exclusivamente de las lesiones patrimoniales causadas por la Administración, entendida ésta como poder ejecutivo, mientras que sólo lentamente, desde mediados del siglo pasado, comienza a admitirse la posibilidad de que el Estado esté obligado a reparar los daños ocasionados por hechos o actuaciones imputables al poder judicial y al poder legislativo.

Curiosamente, insiste la Corte, la reticencia inicial a admitir que la actuación del legislador produjera daños que debían ser reparados es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, a este respecto no hay diferencias notables entre el *civil law* y el *common law*. El fundamento a tales reparos hay que buscarlo en el principio de soberanía parlamentaria, apasionadamente defendido por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico<sup>4</sup>.

Empero, con el advenimiento del Estado Social de Derecho y con ello la implementación del principio de supremacía constitucional, el panorama frente a esta materia varió sustancialmente, pues aún el legislador queda sometido al imperio de la norma fundamental en igualdad de condiciones con los demás poderes públicos.

Largo ha sido entonces el camino recorrido para el análisis jurisprudencial y doctrinario de la responsabilidad del Estado Legislador. Este, podríamos decir, ha estado marcado por tres etapas: inicialmente, la etapa de negación de tal forma de responsabilidad; la segunda de aceptación de la misma y, en tercer lugar, el esfuerzo por determinar la

3 Vid. SABINE, George. Historia de la Teoría Política. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2003. p. 319.

4 Cfr. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 038 de 2006. En: Gaceta Jurisprudencial. Número 167. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. p. 221.



forma en que aquella procede y se aplica.

Respecto de la primera etapa diremos que la irresponsabilidad del Estado legislador triunfa plenamente soportada en la idea de que el Legislador es el representante de la Nación, ésta última titular de la soberanía y por tanto incuestionable. Ello queda evidenciado en Francia a partir del arrêt DUCHATELIER de 11 de Enero de 1838 (que desestima la indemnización solicitada por este fabricante de productos derivados del tabaco, forzado a cerrar su fábrica por imposición de la Ley 12 – II-I.835 que, sin prever indemnización como hacían otras leyes especiales, prohíbe su producción para asegurar rentabilidad del monopolio del tabaco). El rechazo a la reclamación se funda en la imposibilidad de que el Estado se responsabilice de las consecuencias de las leyes que en aras del interés general prohíban el ejercicio de una industria; en la inexistencia de contrato alguno con el Estado y en el silencio de la ley respecto a una posible indemnización.

De otro lado, la aceptación judicial de la responsabilidad del legislador comienza a abrirse camino en el país Galo al iniciar el siglo XX, y en Colombia ya casi a finales de tal centuria.

Precisamente, de acuerdo con el profesor *Luis Felipe Botero*, el primer precedente judicial en donde se condenó al Estado colombiano por un hecho del legislador fue en todo caso tardío (en el año 1998). Se trató del caso de Vitelvina Rojas, en donde el Juez Contencioso consideró que la expedición de la ley 6ª de 1972, creó una carga pública excesiva para las víctimas de funcionarios diplomáticos. La recepción de la teoría acogió la totalidad de los presupuestos que la jurisprudencia francesa diseñó para estos casos, esto es, bajo la égida del daño especial como título jurídico de imputación<sup>5</sup>.

Sin embargo, a lo largo del trabajo, el lector observará de forma evidente que durante todo el proceso de consolidación de una teoría de la responsabilidad patrimonial del Legislador el gran ausente, coincidentalmente, ha sido el mismo legislador, quien ha dejado en manos de la jurisprudencia la reglamentación y solución de las problemáticas presentadas en la materia.

Como corolario de lo anterior, se puede determinar que el régimen jurídico que regula la responsabilidad patrimonial ha sido predominantemente

---

<sup>5</sup> Vid. Al respecto BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Responsabilidad Patrimonial del Legislador. Bogotá: Legis, 2007. p. 380.



pretoriano, lo que de alguna forma ha contribuido a la falta de sistematización de la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular.

A propósito de esto último, el presente trabajo pretende, predominantemente, analizar la problemática de la falta de sistematización de la responsabilidad del Estado y dentro de ello, en forma específica, del legislador, a efectos de formular un modelo de organización lógica y coherente entre los distintos elementos que la componen, para facilitar a los operadores jurídicos su labor técnica de hermenéutica y de aplicación.

En este orden de ideas, el aporte científico que se aspira concretar a partir de éste ejercicio académico, se encuadra dentro de la sistemática jurídica, componente estructural de la ciencia del Derecho que se ocupa de la ordenación coherente y lógica, de acuerdo con ciertos criterios clasificatorios, de todo ese conjunto imponente de normas jurídicas □ a primera vista desconectadas entre sí ☒ que constituyen un derecho positivo<sup>6</sup>.

La manera de llevar a cabo esta contribución teórico práctica, será a partir de la implementación del método explicativo, técnica desde donde procederemos a determinar, en primer lugar, la forma en que históricamente ha sido tratado el tema de la responsabilidad patrimonial del legislador en la jurisprudencia y doctrina occidental – y dentro de esto en los sistemas de derecho continental -; en segundo término, pasaremos al análisis sistémico de la responsabilidad patrimonial del Estado como presupuesto para el entendimiento de la responsabilidad del Legislador, lo que nos servirá de fundamento para el desarrollo del apartado clave de este trabajo, en tercer término, donde propenderemos por la formulación de un subsistema de responsabilidad del Legislador para, en cuarto lugar, ocuparnos de presentar una propuesta de *lege ferenda* y las respectivas conclusiones.

Un ejercicio investigativo de esta naturaleza nos permitirá contar con una herramienta jurídica para delimitar los requisitos necesarios donde se configure la responsabilidad estatal en aquellos casos en los que el legislador, a través de una acción, una omisión o una producción irregular de la Ley, cree, modifique, o extinga una situación jurídica y de ello se desprenda la

---

6 TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977. p. 51.



producción de una circunstancia perjudicial para el ciudadano.

De allí que además de aportar al análisis científico del fenómeno jurídico en lo que respecta a las áreas de la responsabilidad administrativa, al derecho constitucional y a la teoría del derecho, que se relacionan transversalmente en este proyecto, se pueda brindar a la comunidad en general, una serie de elementos que le permitirán proteger sus intereses jurídicos ante cualquier lesión que injustamente causare el Estado en el marco del desarrollo de la función legislativa.

De tal manera, académica, social y científicamente, se soporta la elaboración de este trabajo que, muy seguramente, se espera contribuya a la mejor comprensión de una de las múltiples problemáticas con las que cuenta el Derecho Administrativo en el plano de su comprensión dogmática: la responsabilidad estatal.



# CAPÍTULO I. TRAS LAS HUELLAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR. LOS ESFUERZOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS PARA LA ADMISIÓN DE ESTA FORMA DE RESPONSABILIDAD.

## 1.1 Primera Etapa: la negación de esta forma de responsabilidad.

El análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por el legislador surge a finales del siglo XIX en Europa. Como era de esperarse, la génesis de tal reflexión tuvo lugar en un ambiente hostil para su admisibilidad<sup>7</sup>.

En efecto, basta observar los planteamientos categóricos que sobre el tema recogía la doctrina francesa, hacia el año 1896 con *Laferriere* quien, en su momento, anotó lo siguiente:

Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley.

De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción<sup>8</sup>.

---

7 Vid. CELDRÁN RUANO, Julia. La Responsabilidad del Estado por Actos de Aplicación de Leyes: Una Aproximación Histórica y Significado Actual. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1996. p. 26. Al Respecto, precisa la autora que: « la irresponsabilidad del Estado legislador triunfa plenamente a partir del arrêt DUCHATELIER de 11 de Enero de 1838 (que desestima la indemnización solicitada por este fabricante de productos derivados del tabaco, forzado a cerrar su fábrica por imposición de la Ley 12 – II-I.835 que, sin prever indemnización como hacían otras leyes especiales, prohíbe su producción para asegurar rentabilidad del monopolio del tabaco) El rechazo a la reclamación se funda en la imposibilidad de que el Estado se Responsabilice de las consecuencias de las leyes que, en aras del interés general prohíban el ejercicio de una industria; en la inexistencia de contrato alguno con el Estado, y en el silencio de la ley respecto a una posible indemnización.

8 LAFERRIERE, M.F. *Traite de la juridiction administrative el des recours contentieux*, 2.a ed., tomo II, París, Berger-Levrault : 1896. Citado por: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. La teoría de la responsabilidad del Estado legislador, En: Revista de administración pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 68.



Era esta la época del furor de las llamadas teorías no limitacionistas<sup>9</sup> del soberano<sup>10</sup> que, por cierto, encontraban en *John Austin* uno de sus más destacados bastiones y que son cabalmente explicadas por el profesor argentino *Ernesto Abril* quien, refiriéndose al tema, indica que: según las especiales características que *Austin* asignaba a la autoridad suprema de una sociedad política e independiente, resultaba imposible hablar de la existencia de restricciones jurídicas al soberano<sup>11</sup> porque desde tal perspectiva:

- a) Hablar de ese modo constituye una contradicción dado que, una vez definido el soberano con las notas de soberanía e independencia, sostener que posee limitaciones jurídicas sería equivalente a proponer que su poder se encuentra sujeto a otra autoridad superior o lo que es igual, que sería simultáneamente "soberano" y "no soberano".
- b) Las restricciones jurídicas significan un estado de "sujeción" a otra autoridad superior y si no encontramos al final de la cadena al individuo libre de tal estado, las relaciones de autoridad se extenderían hasta el infinito, lo que es imposible y absurdo.
- c) Carecería de sentido hablar de una ley impuesta por un individuo a sí mismo, aún cuando admitiéramos que ese mismo individuo pudiese aceptar un principio como guía de su conducta y lo observe en todo cuanto de él dependa, como si estuviera obligado en virtud de una sanción.

---

Mayo – Agosto, 1972. p. 73.

9 Vid. SABINE, George. *Historia de la Teoría Política*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2003. p. 364. A propósito de estas llamadas teorías no limitacionistas del soberano, apunta Sabine, que de acuerdo con Hobbes debe entenderse que: "un cuerpo social no tiene existencia sino a través de sus autoridades constituidas, y sus miembros no tienen derechos salvo por delegación. En consecuencia, toda autoridad social tiene que concentrarse en el soberano. El derecho y la moral son meramente su voluntad, y su autoridad es ilimitada, o limitada sólo por su poder".

10 Vid. ABRIL, Ernesto. *Las Limitaciones del Soberano*. México: Fontamara, 2004. p. 15. Citando a Heller, el autor define al "soberano" como: "una unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz".

11 Vid. HOBBS, Thomas. *Leviatán*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, sexta reimpresión, 1994. p. 145. Aporta el autor una trascendental fundamentación del carácter ilimitado del accionar del Estado, al sostener que: "como cada súbdito es, en virtud de esa institución, autor de todos los actos y juicios del soberano instituido, resulta que cualquier cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos. En efecto, quien hace una cosa por autorización de otro, no comete injuria alguna contra aquel por cuya autorización actúa. Pero en virtud de la institución de un Estado, cada particular es autor de todo cuanto hace el soberano, y, por consiguiente, quien se queja de injuria por parte del soberano, protesta contra algo de que él mismo es autor, y de lo que no debe acusar a nadie sino a sí mismo, ni a sí mismo tampoco, porque hacerse injuria a uno mismo es imposible [...]".



- d) Por último, aún cuando podamos suponer que la auto imposición fuese posible y pretendiéramos sostener que tiene sentido hablar de limitaciones jurídicas en el caso del [soberano], ello no significaría una garantía contra la instauración de gobiernos despóticos<sup>12</sup>.

Sucedió entonces que la responsabilidad patrimonial del legislador fue rechazada utilizando uno de los mismos argumentos que se utilizaron, inicialmente, para inadmitir la responsabilidad del Estado en General<sup>13</sup>. En efecto, tal como lo afirma *Polo Figueroa*, en virtud del principio de la soberanía y con el criterio de que la actuación del Estado se encaminaba hacia la obtención del bien común, durante mucho tiempo prevaleció el concepto de que el Estado era absolutamente irresponsable, cualquiera fuera la causa del perjuicio que sus servicios ocasionaran al particular. Y mientras todo hombre estaba obligado a reparar el daño causado a otro, el Estado sólo a título gracioso y en casos muy particulares, concedía reparaciones por daños causados por sus agentes<sup>14</sup>.

El mito de la soberanía nacional<sup>15</sup> y del legislador como su detentador, se erigía como soporte de la irresponsabilidad de éste último por la expedición de las Leyes.

Pero ¿cómo es posible que la noción de soberanía nacional haya terminado convirtiéndose en la piedra angular de la construcción de estas teorías no limitacionistas que acabarían por inadmitir la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular? La solución de este interrogante perfectamente puede ser entendida a partir de la exposición que sobre el tema realiza *Burbano* quien, en primera instancia, señala que la figura de la soberanía nacional surge inicialmente como la respuesta a una

12 ABRIL, Ernesto. op. cit. p. 72.

13 Vid. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogotá: Legis, 2009. p. 490. A este respecto, anota el autor un punto de especial relevancia: "Los atributos asignados a las leyes (soberanía, generalidad, dinámica de la sociedad) han obrado en contra de la posibilidad de deducir una responsabilidad jurídica por su aparición. La hipótesis opuesta es que la aplicación de la ley signifique la concreción de un perjuicio para alguien, o la privación definitiva de una actividad lícita, y el ejemplo más agudo es el del monopolio (Const. Pol., art. 336). La ley misma puede ordenar o rechazar el pago de indemnizaciones, y por medio de mecanismos de control constitucional pueden prevenirse daños que, de otro modo, al menos teóricamente, darían lugar a reparaciones pecuniarias."

14 POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de Derecho Administrativo. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 1988. p. 290.

15 Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 394. A propósito del entendimiento de la noción de soberanía nacional, acota el autor que dicho modelo se erigió con fundamento en las tesis de Montesquieu y desde tal óptica se entendió que "el ejercicio del poder recaía en el cuerpo ficticio y abstracto de la nación, caracterizado por su universalidad e impersonalidad".



gran dificultad que había enfrentado el mismo *Rousseau* que es la de la democracia directa<sup>16</sup>.

Comenta el autor en cita, que al no encontrar forma alguna para que el grupo social ejerza directamente el poder, el abate *Sièyes* planteó categóricamente la necesidad de que aquél delegara el poder político en unos representantes. Sin embargo, itera *Burbano*, el infortunio radicó en que tales representantes se configuraron en apoderados de una masa indeterminada, abstracta, atemporal que se denomina Nación, cuerpo inexistente que no detenta ni ejerce ningún poder, por lo que resultó que, en últimas, la Nación no es el pueblo, sino los representantes, y la *voluntad general* es de la Nación, así como el *bien común* (otro concepto abstracto); es decir, todo, voluntad y bien común, eran entendidos de acuerdo a como lo entendían los representantes o la mayoría de estos<sup>17</sup> y, como corolario de lo anterior, se determinó que la conservación de esa voluntad general requería de un cuerpo legislativo que se expresara a través de Leyes, disposiciones siempre generales o, excepcionalmente, por actos particulares<sup>18</sup>, mismos que, en esa lógica, no tendrían porqué ser controlados en forma alguna al ser manifestación directa de soberanía.

En tales circunstancias, podría decirse que el ciudadano se encontraba en análogas circunstancias a las del antiguo régimen en donde, señalaría *Hernández Becerra*, el soberano disponía libremente de los bienes del ciudadano y sólo respondía de sus actos ante la divinidad, de la que él pretendía haber emanado y, por tanto, todo el peso del daño lo soporta, pues, el perjudicado quien carece de defensa legal para proteger sus derechos. Por lo que era evidente que la noción de derechos individuales parece haber sido por completo ajena a este tipo de legislaciones antiguas<sup>19</sup> y, por lo visto, a las propias del naciente modelo liberal burgués.

Nótese pues que la voluntad de la Nación es así entendida entonces como la de sus representantes y la soberanía, según se vio, pasó de ser un atributo del pueblo para ser una potestad de sus delegados; conclusiones que, en sí mismas, no darán espera para que, en torno al

---

16 BURBANO TORRES, Eduardo. Soberanía Nacional y Soberanía Popular. En: Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. No. 553. Mayo - Junio 1991. p. 15.

17 *Ibíd.* p. 15.

18 *Ibíd.* p. 17.

19 Vid. HERNANDEZ BECERRA, Augusto. Responsabilidad Abstracta del Estado. Tesis de grado para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad Externado de Colombia, 1973. pp. 35 – 36.



modelo de soberanía nacional concretada en el modelo denominado *parlamentarismo*, se estructuren las más vigorosas críticas.

Kelsen, por ejemplo, señala:

Así, no hay que extrañar que entre los argumentos alegados hoy contra el parlamentarismo figure en primer lugar la revelación de que la voluntad del Estado formada por el parlamento no es, en modo alguno, la voluntad del pueblo, y que el Parlamento no puede expresar la voluntad del pueblo por el mero hecho de que con arreglo a las Constituciones de los Estados parlamentarios no es posible formar una voluntad del pueblo, salvo para la elección de sus representantes.

Este argumento es exacto, pero solamente resulta aplicable contra el parlamentarismo en cuanto se trate de legitimarlo por el principio de la soberanía del pueblo [...] <sup>20</sup>

Y en esa misma línea se mantiene el profesor *Fernández Santillán*, quien califica como una “falsa promesa” la forma en que bajo el modelo de soberanía nacional se pretendía llegar a la reivindicación de los intereses y, particularmente, en lo que tiene que ver con el problema de la representación que, se supone, estaba diseñada para que fuese política, es decir, que se ocupara de los intereses generales de la Nación pues, originalmente pensada, la representación política se oponía a la representación de los intereses particulares.

En este caso, señala *Fernández Santillán*, la promesa tampoco se cumplió: el propósito de que dominara el interés general en la representación política dotada de poder discrecional se había doblegado ante la evidencia de la proliferación de intereses particulares en una miríada de formas representativas de naturaleza social y económica <sup>21</sup>.

Habida cuenta de lo dicho, la clásica concepción de la soberanía entrará en crisis, y de suyo, la creencia de que el legislador es infalible por que obra siempre en representación y ejercicio de la voluntad o interés general.

Así, se llegó al punto de afirmarse por parte de Gastón Jeze que el dogma de la soberanía nacional no es más que un sofisma: es el derecho divino de

---

20 KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia. Forma de Estado y Filosofía*. México, D.F.: Ediciones Coyoacán, 2005. p. 56.

21 FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. *Filosofía Política de la Democracia*. México: Fontamara, 1997. p. 93.



los reyes sustituido por el “derecho divino” del pueblo organizado bajo la forma de Estado, que delega su potestad en un órgano llamado parlamento, el cual se erige como el detentador práctico de la soberanía<sup>22</sup>.

Y por tanto, en palabras del maestro francés *León Duguit*, era lógico, en la concepción imperialista, que no pudiera producirse ninguna acción contenciosa contra la ley pues ésta suponía la orden formulada por la voluntad soberana y, a causa de ello, se presumía que expresaba una regla de derecho. La soberanía no es susceptible de graduación, y la ley es la manifestación directa de esta soberanía, por consiguiente, ninguna autoridad puede ser competente para apreciar su valor.

En Inglaterra, acotaba *Duguit*, este punto de vista ha permanecido intacto hasta el presente. Bien conocido es el célebre dicho: “El Parlamento inglés puede hacerlo todo, menos cambiar un hombre en mujer”<sup>23</sup>. Y en crítica de tal situación, expresó lo siguiente:

Tradiciones ya antiguas, inveteradas costumbres de lenguaje hacen que muchos buenos espíritus permanezcan aún dominados por la fe en la soberanía del parlamento. Hemos visto anteriormente que bajo la acción de esta idea persistente se sostiene aún, a pesar de la grande extensión dada al recurso por exceso de poder, que no es admisible contra los actos emanados de las Cámaras. Los miembros del parlamento gustan de presentarse como los intérpretes de la voluntad nacional soberana. Pero esto son palabras, nada más que palabras. Mas en todas partes, y particularmente en Francia, las palabras son una fuerza, y estas palabras vacías de sentido, estas fórmulas son las que hacen seguramente que la jurisprudencia vacile mucho en reconocer la responsabilidad del Estado con ocasión de los actos del parlamento<sup>24</sup>.

Desde luego que, *a posteriori*, se reivindicará aquel estado de cosas y se entenderá que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sin distinción, pero guardando especial relevancia en este caso los derechos a la igualdad ante la autoridad, la ley, los tributos y las cargas públicas y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica<sup>25</sup>.

22 JEZE, Gastón. Reparación du prejudice spécial causé par une loi générale impersonnelle. *Revue de droit public*. 1945, p. 366.

23 Vid. DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho Público*. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1926. p. 151.

24 *Ibíd.* p. 317.

25 Cfr. NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. *En*: *Revista de Estudios*



Así lo ratificará *Jellinek* para quien: “la ampliación de la competencia del Estado encuentra siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual. Mediante el reconocimiento del derecho internacional y en virtud de este reconocimiento mismo, obligase el Estado a actos que limitan su poder jurídico, sin que le sea posible desprenderse jurídicamente de tales obligaciones mediante una resolución tomada por sí<sup>26</sup>”.

El Estado – legislador en nuestro caso – hallase a partir de entonces limitado en su accionar y corolario de ello su potestad absoluta queda depositada en los anaqueles de la historia autoritaria de la humanidad.

Es por ello que en las democracias occidentales se entenderá que los derechos civiles, la participación posible en el proceso electoral de todos los ciudadanos y la regla de mayorías constituyen principios racionalmente defendibles, hasta el punto de existir acuerdo total sobre ellos.

Lo anterior es lo que el profesor *Alfonso Monsalve Solórzano*, siguiendo a *Habermas*, llamará modelo de legitimación de soberanía popular y derechos humanos<sup>27</sup>, de acuerdo con el cual, se establece un procedimiento que, en razón de sus propiedades democráticas, fundamenta la suposición de resultados legítimos. Este principio, añade *Monsalve*, se expresa en los derechos de comunicación y participación que garantizan la autonomía política de los ciudadanos. Por el contrario, los derechos humanos clásicos que garantizan a los ciudadanos la vida y la libertad, es decir, el espacio de acción para la realización de sus propios planes vitales, fundamentan por sí mismos un dominio legítimo de las leyes.

Bajo estos dos puntos de vista normativos, el derecho producido – es decir un derecho que se puede cambiar- debe ser legitimado como un medio para asegurar de forma armónica la autonomía de los individuos tanto en el ámbito privado como en su dimensión ciudadana<sup>28</sup>.

En este estado de cosas, resulta palmario que la concepción de la potestad del legislador para disponer sobre la vida y futuro de sus asociados había quedado reducido a su mínima expresión<sup>29</sup>, quedando

---

Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año 8. Nº 1, 2010. pp. 193 – 194.

26 JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. pp. 439 – 440.

27 MONSALVE SOLÓRZANO, Alfonso. Soberanía, Legitimidad y Legitimación en Colombia desde la Década de los 90. Medellín: U.P.B, 1993. pp. 21.

28 *Ibíd.* 22.

29 Vid. PENAGOS, Gustavo. Bases Jurídico – Políticas del Derecho Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina



abierta la compuerta para responsabilizarlo por las lesiones que producía en cumplimiento de su actividad.

Y lo anterior sucede, entre otras cosas, por que, según *Mejía Quintana*:

Los derechos fundamentales emergen como condiciones extrajurídicas jurídicamente institucionalizadas que le posibilitan a la ciudadanía la conformación de la ley, en tanto libres e iguales. Los derechos subjetivos emergen primordialmente con el derecho o la ley objetiva. El sistema de derechos es derivado del *Principio discursivo* de argumentación junto con la idea de que el mundo de la vida toma la forma de la ley, de donde se infiere el *Principio de la democracia* desde el que se define, de acuerdo con la satisfacción de determinadas condiciones, el *Principio de legitimidad de la ley*<sup>30</sup>.

Bajo la sombra de la soberanía popular<sup>31</sup>, surge entonces una íntima relación entre democracia y legislación, en la que la segunda queda supeditada a los principios de la primera. De hecho, al considerar que lo que hace preferible la democracia a otras formas de organización política es el respeto por la dignidad de la persona que, por cierto, dentro de este sistema es pensada y tenida -ante todo- como sujeto titular del poder soberano y no como simple objeto de éste; hace que la Ley sea un instrumento al servicio del ciudadano<sup>32</sup> y por tanto se den todas las condiciones para que, en caso de que la Ley cause daño, el legislador sea obligado a reparar los perjuicios ocasionados.

Por eso, señala la Corte Constitucional Colombiana, todas las instituciones democráticas están dispuestas para proteger a los individuos (que pensados en conjunto son el pueblo) con todo su patrimonio axiológico inherente (la libertad y la vida en primer término), y permitirles su realización plenaria

---

y Ley, 2009. p. 375. La limitación de esa potestad absoluta, sucederá por que, a decir del autor: “Las nuevas modalidades que asume el Estado, así como las formas de intervencionismo significan un abandono de las obsoletas teorías absolutistas, y un reconocimiento de los derechos humanos, lo cual repercute en la concepción del Derecho Administrativo que en últimas, viene a ser la aplicación de la teoría política que oriente un país determinado, y un intento de revalorizar la libertad frente al poder [...]”

30 MEJÍA QUINTANA, Óscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho. Bogotá: Temis, 2005. p. 353.

31 Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. op. cit. p. 395. Respecto del modelo de soberanía popular indica el autor que en ella: “El pueblo, así entendido, actúa como sujeto político que conforma una voluntad conjunta dentro de una pluralidad de concepciones”.

32 Vid. DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo. Política y Derecho Fundamentales. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 2010. p. 55. Sirve como base de la afirmación referenciada la reflexión propuesta por el autor en cita, cuando señala que: “Los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de límites a los poderes públicos, son disposiciones subjetivas que establecen obligaciones y deberes al legislador y, por lo tanto, limitan su competencia.



como sujetos morales. Es lo que se expresa sintética y elocuentemente cuando se afirma que la persona es el fin y las instituciones el medio, dentro de una filosofía personalista, o de la dignidad, como la que informa a nuestra Constitución. Para lograr ese estado de cosas deseable, es preciso que las personas sean sujetos de obligaciones o deberes jurídicos, va de suyo. Porque si la persona no puede concebirse sino conviviendo, es decir, existiendo al lado de otras, y esa circunstancia que posibilita la libertad a la vez la limita, no es siquiera pensable un ordenamiento jurídico que no imponga deberes. “El asunto consiste entonces en determinar, en concreto, qué deberes son compatibles con la concepción de la persona que subyace a la democracia, sin que ésta se desvirtúe<sup>33</sup>.”

Es en este punto donde encuentra sustento la idea de convertir al Estado legislador en centro de imputación jurídica frente a la lesión que sobre la persona o patrimonio de los asociados pueda llegar a causar, habida cuenta de que son estos los titulares de la soberanía y ya no aquél, como sucedía en el modelo de democracia parlamentaria, ideado sobre el pedestal de la soberanía nacional, ahora sustituido por la noción de soberanía popular en el que el titular de la misma es el pueblo y no el órgano que lo representa.

Para corroborar lo dicho, es pertinente acudir a lo planteado por el profesor *Libardo Rodríguez* quien sobre el tema apunta:

En efecto, no puede sostenerse que el legislador colombiano sea soberano, pues es evidente que debe respetar la Constitución. Solo presenta esa calidad cuando actúa como constituyente, caso en el cual no es aplicable la polémica que estamos comentando. De manera que, debiendo respetar la Constitución, es posible que el legislador actúe inconstitucionalmente, como sucede en la práctica a veces, y esa actuación configuraría por sí misma una falla del servicio [...]<sup>34</sup>

Ahora, parecía claro que las teorías no limitacionistas de la soberanía estatal como soporte de la irresponsabilidad patrimonial del legislador habían sido derrotadas y que no quedaban pues argumentos en contra de la admisibilidad de la obligación de reparar los daños que se causaran por obra de las leyes.

---

33 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU 747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Bogotá: Temis, 2005. p. 480.



Sin embargo, la batalla por tal posibilidad apenas comenzaba, pues un autor de gran talla académica, *Eduardo García de Enterría*, saldría lanza en ristre en contra de que se admitiese que el Estado Legislador pudiera, genéricamente, ser condenado por los daños que causara con la expedición de la Ley.

Este maestro español que, como se dijo, es una de las voces más autorizadas en el campo del Derecho Administrativo, considera como una evidencia manifiesta el que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por hecho de las Leyes interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa<sup>35</sup>.

Para explicar su afirmación, el profesor ibérico sostiene que en un plano elemental, se comprende bien que no será la misma la Ley de Arrendamientos Urbanos sin previsión de indemnizaciones, que la misma gravada con indemnizaciones multimillonarias que habría de pagar a todos los miles de propietarios de viviendas arrendadas, afectados por las restricciones de sus derechos ordinarios que dicha Ley establece.

Más aún, agrega, no es difícil imaginar que el Legislador, de haber tenido que contar con estas consecuencias en las que él en ningún momento pensó, creyendo que estaba definiendo la “función social de la propiedad” como la Constitución le permite que pueda ser configurada por una Ley, con seguridad hubiese aprobado una Ley con muy diverso contenido.

Resulta con ello perfectamente claro, en opinión del tratadista en cita, que la atribución del deber de indemnizar por las posibles y diversas afecciones económicas que cualquier Ley puede producir supone una injerencia directa en el contenido mismo del Poder Legislativo<sup>36</sup>, la eficacia de cuyos productos normativos típicos quedará condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas<sup>37</sup>.

---

35 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Navarra: Thomson – Civitas, 2007. p. 121.

36 Este tipo de argumentaciones ya han sido examinadas por la Corte Constitucional colombiana, anotando al respecto lo siguiente: “El fundamento a tales reparos hay que buscarlo en el principio de soberanía parlamentaria, apasionadamente defendido por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico”. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. *En*: Gaceta Jurisprudencial. Número 167. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. p. 221.

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. op. cit. p. 121.



Este poder de interferir en la eficacia misma de las Leyes adicionando a su contenido decisiones que ellas o excluyeron expresa o implícitamente o que ni siquiera consideraron como posibles, no está, por de pronto, a la disposición del Tribunal Constitucional<sup>38</sup>, que tiene una competencia específica para enjuiciar Leyes y que lo más que puede hacer es eliminar del ordenamiento la ley impugnada en cuanto contraria a la Constitución o incluso hacer preceptiva una determinada interpretación conforme a la Constitución, que excluya lo que en otro caso determinaría su inconstitucionalidad, pero nunca, y esto en términos absolutos, adicionar su contenido con preceptos nuevos, que es un atributo esencial y exclusivo del propio Poder Legislativo, en cuanto representación del pueblo español<sup>39</sup>.

En ningún sistema constitucional, sostiene *García de Enterría*, puede afirmarse en términos absolutos, que ningún Tribunal, ni constitucional ni ordinario, puede enmendar leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático.

Se trata pues, afirma el citado, de una objeción esencial, que afecta el núcleo mismo del sistema político<sup>40</sup>.

El argumento anterior lo refuerza el profesor español, indicando que, en el plano técnico, se observa que las sentencias judiciales que imponen al pago de una indemnización a una Ley, sin afectar a su validez, son, inequívocamente sentencias de condena o de prestación<sup>41</sup>. En ello se diferencian de las sentencias constitucionales, que son característicamente

---

38 Y deja claro el profesor García de Enterría en la obra en cita, que ésta es “una jurisdicción declarativa en el sentido de limitada a las acciones o procesos de ese carácter.” *Ibíd.* p. 125.

39 Empero, frente a la categórica defensa que asume el profesor García de Enterría respecto de la potestad parlamentaria, es importante resaltar lo dicho por el profesor colombiano *Libardo Rodríguez* sobre este asunto, que aunque lo circunscribe a Colombia, nada obsta para hacerlo extensible a todas los sistemas políticos inspirados en el modelo del Estado social de Derecho : “En efecto, no puede sostenerse que el legislador colombiano sea soberano, pues es evidente que debe respetar la Constitución. Solo presenta esa calidad cuando actúa como constituyente, caso en el cual no es aplicable la polémica que estamos comentando. De manera que, debiendo respetar la Constitución, es posible que el legislador actúe inconstitucionalmente, como sucede en la práctica a veces, y esa actuación configuraría por sí misma una falla del servicio”. De donde se desprendería la posibilidad de declarar su responsabilidad. RODRÍGUEZ, Libardo. *op. cit.* p. 480.

40 GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo. *op. cit.* p. 122.

41 Y a decir del referido profesor Español: “la configuración constitucional y legal de la jurisdicción contencioso - administrativa no tolera, en modo alguno, su condición de jurisdicción de condena al legislador”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Temis, 2008. p. 407.



declarativas, virtualmente en su estado puro. Este último tipo de sentencias declaran la existencia de situaciones jurídicas preexistentes, en este supuesto la que resulta de la congruencia de la Ley con la Constitución.

Ahora bien, en línea con lo dicho, las sentencias de condena tienen como contenido característico, en los términos clásicos de *Guasp*, la especial intimación del órgano judicial, que abre la vía de la ejecución forzosa, si el condenado no cumpliera lo fallado por sí mismo. Por eso *Chioyenda* pudo decir que la sentencia de condena sustituye la voluntad del condenado refractario al cumplimiento del Derecho que resulta de su situación de incumplimiento.

De éste modo, reafirma *García de Enterría*, se hace patente que cuando un Tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del legislador está sustituyendo la voluntad de éste; voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo (“el imperio de la Ley como expresión de la voluntad del popular” dice el Preámbulo de la misma, declaración tercera). Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional. Éste, como hemos notado, puede eliminar del mundo jurídico una Ley inconstitucional, pero en modo alguno puede sustituir con su voluntad propia la voluntad expresada en aquella, en todos o en cualquiera de sus preceptos, por mínimo que pueda estimarse (lo que no es el caso, por cierto, de la imposición de una carga indemnizatoria como condición de su eficacia)<sup>42</sup>.

Y si dichas condenas al legislador, según *García de Enterría*, no pueden ser dictadas, como se vio, por la jurisdicción constitucional, mucho menos podrán serlo por otra jurisdicción.

Refiriéndose al punto en comento, indica el maestro español lo siguiente;

Una larguísima serie de sentencias del Tribunal Supremo, que comienzan en el año 2000 con las de 23 y 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio, y a continuación una serie innumerable que hoy excede ya del centenar, ha venido declarando la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto autor de una ley que fue anulada por el Tribunal Constitucional [...]<sup>43</sup>

42 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español. Op. cit. p. 123. Agrega el autor que de existir una jurisdicción capaz de enjuiciar al Legislador, ésta debería ser necesariamente, según el sistema constitucional, la del Tribunal Constitucional, único juez de las Leyes que dicho sistema admite.

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas – Ramón. Curso de Derecho Administrativo. op. cit. p. 407.



No obstante, afirma el profesor García de Enterría:

“[...] la configuración constitucional y legal de la jurisdicción contencioso - administrativa no tolera, en modo alguno, su condición de jurisdicción de condena al legislador [ ...]”<sup>44</sup>

Agregando:

“[...] lo más grave, a mi juicio, de esa jurisprudencia es reabrir sin reserva alguna la posibilidad de impugnar actos aplicativos firmes y prescritos para poder reclamar indemnización por la sobreviniencia de una inconstitucionalidad de la ley que en su momento se aplicó. El Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucionales preceptos de leyes antiguas que continúen vigentes, como por ejemplo, el Código Civil o del Código de Comercio. Imaginemos que se declarase inconstitucional el régimen de sucesión intestada, por ejemplo los artículos 943 y siguientes del Código Civil. Según la arriesgadísima tesis de la jurisprudencia que comentamos, el Estado, en cuanto autor histórico del Código Civil, tendría que indemnizar a los miles, si no millones, de causahabientes de los herederos indebidos, según los preceptos anulados, durante los más de cien años de vigencia del Código [...]”<sup>45</sup>

Admite, eso sí, como hipótesis en la que existe la posibilidad de declarar la responsabilidad por el hecho del legislador, el caso de infracción del derecho comunitario por las leyes, aunque condiciona ello a la discrecionalidad del Estado para adoptar dicho régimen, fundamentado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo<sup>46</sup>.

Luego, para redondear el análisis del tema, concluye este tratadista español diciendo que los casos en los que en virtud de una ley se afecta una relación bilateral específica de un particular con una administración pública, debe resolverse a partir de:

“[...] dos notas definitorias: primero, ha de tratarse de una situación jurídica creada por un título específico con un particular, con lo que se diferencia de la situación ‘genérica, impersonal y objetiva’ creada para un colectivo inicialmente indeterminado en cuanto sometido a una regulación general, legal o reglamentaria; segundo, el perjuicio causado en esa relación jurídica individual habrá de liquidarse en el

---

44 *Ibíd.* p. 404.

45 *Ibíd.* p. 409.

46 *Ibíd.* pp. 406- 407.



seno de esta, para establecer el equilibrio inicial que la misma expresó, y no, por tanto, como un problema del legislador; es pues, un reajuste de dicha relación específica según su propia lógica.<sup>47</sup>

En el mismo sentido, y ahondando en los análisis efectuados en la construcción bibliográfica del precitado autor, podemos observar como el profesor hace hincapié en la necesaria libertad que debe tener el legislador democrático para acomodar el Derecho a las circunstancias cambiantes, de allí que resulta, en su juicio inconveniente responsabilizarlo por el ejercicio de tal libertad.

Precisando lo mencionado señala el maestro español que:

[...] una democracia no podría existir, simplemente, si cualquier cambio en el orden jurídico tuviese que ser indemnizado a los *beati possidentis* instalados en la legislación anterior. Esa es, más bien, y precisamente, la concepción del Derecho del Antiguo Régimen, más que de la democracia moderna, la que subyace a la idea de que cualquier cambio legislativo que afecte la confianza que en el Derecho anterior tuviesen los ciudadanos o grupos de ellos pueda generar a favor de los mismos una pretensión indemnizatoria, lo que conduciría inevitablemente, como han dicho tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, a una petrificación o congelación del Derecho, a su inmovilización total o parcial, a su cierre definitivo a los cambios sociales o políticos, que es una de las grandes funciones de un poder legislativo democrático, señor indiscutido de las *legis innovatio*. Por ello ha podido formular Carbonier un principio esencial del sistema jurídico sobre el que vivimos: 'la costumbre conserva, la legislación innova'<sup>48</sup>.

Conforme a lo dicho, se observa que dos son, en la actualidad, los principales argumentos que sirven para resistir la adopción de la responsabilidad patrimonial del Estado cuando legisla en igualdad de condiciones que cuando éste administra: en primer lugar, la supuesta falta de competencia tanto de la jurisdicción constitucional como contencioso administrativa para actuar como instancia de condena al legislador y, en segundo lugar, el riesgo de petrificación de la legislación, al comprometer la necesaria libertad del legislador democrático para acomodar el derecho a las circunstancias cambiantes.

---

47 *Ibíd.* pp. 412 - 412.

48 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español.* op.cit. pp. 42 - 43.



Y en gracia de lo sostenido, por *García de Enterría*, resulta vehemente al afirmar que la democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de legislación sobre el que vivimos hoy, no tolera la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés de nadie en mantener la situación existente y que pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar la Ley a su arbitrio.

En efecto, agrega el autor, la libre configuración, como facultad necesaria del legislador resulta insoslayable y echa por tierra definitivamente cualquier intento de condicionarla invocando la confianza que alguien pudiera haber puesto en una estabilidad normativa cualquiera o gravando su ejercicio con cargas indemnizatorias a favor de quienes invoquen un perjuicio derivado del cambio normativo. Es una regla esencial del sistema, puntualiza el catedrático español<sup>49</sup>.

## **1.2 Segunda Etapa: La admisión de la responsabilidad estatal por los daños producidos por la legislación.**

Pero así como existen férreas y respetables tesis en contra del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños producidos por la legislación, también hay múltiples posturas que respaldan la viabilidad de tal tipo de responsabilidad patrimonial.

En efecto, sucedió que aquellas posturas, que a juicio de la profesora *Julia Cedrán* parecen sentenciar definitivamente la posible responsabilidad del legislativo, comienzan a quebrar a raíz del proceso de nacionalizaciones de seguros impuesto en Uruguay (1911) y en Italia (1912) y causante de importantes perjuicios económicos a las compañías extranjeras<sup>50</sup>.

Efectos doctrinarios que se sentirán en Francia, a partir del reconocimiento expreso del derecho a la indemnización en 1938 en el caso LA FLEURETTE (sociedad fabricante de cremas y otros productos derivados de la leche, forzada a cerrar como consecuencia de una ley que prohíbe su fabricación para protección de la industria lechera francesa). En esta ocasión, el Consejo de Estado, ante el silencio de la ley sobre medidas resarcibles, admite la procedencia de la indemnización fundándose, además de la existencia de un sacrificio especial y en la vulneración del principio de la igualdad ante las cargas públicas, en la presunción de una

---

49 *Ibíd.* p. 59.

50 *Vid.* CELDRÁN RUANO, Julia. *op. cit.* p. 27.



voluntad indemnizadora del legislador que silencia, pero no excluye la indemnización<sup>51</sup>.

Pero la evolución de esta jurisprudencia va a alcanzar su punto álgido en 1.963 con el arrêt BOVERO (propietario de un apartamento ocupado por un militar con servicio en el norte de África durante la guerra de Argel, contra el que había obtenido orden de desahucio; orden que queda sin ejecutar con la publicación de una Ordenanza con rango de ley que, para contentar al revuelto estamento militar argelino, prohíbe la expulsión de sus alojamientos de aquellos de sus miembros que tuvieran servicio en Argelia), del que se deriva no sólo la procedencia de la indemnización –fundamentada ahora directamente en la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas-, sino y sobre todo, la formulación general de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador, deducible, no como antes, de la interpretación de la ley causante del daño, sino, de la ausencia de exclusión expresa en la propia ley del derecho a indemnización<sup>52</sup>.

Lo anterior encuentra sentido, afirma el profesor *García Forero*, por que es bien sabido que, tanto las normas como las decisiones, pueden entrar a afectar, en procura del interés general, los derechos de algún asociado individualmente considerado<sup>53</sup>.

Así, cuando la afectación de los bienes jurídicos de un asociado se produce como consecuencia directa o indirecta de la aplicación de un mandato contenido en una Ley, estaríamos ante el fenómeno que doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido definido como *responsabilidad estatal por el hecho del legislador*<sup>54</sup>.

Y precisamente uno de los primeros autores en ocuparse del tema de la responsabilidad del legislador, en pro de alcanzar un ambiente favorable

---

51 *Ibíd.* p. 28.

52 *Ibíd.* pp. 28-29. Adicionalmente agrega la profesora española que: “con este límite, (exclusión expresa), y otra serie de condiciones exigidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado ante el silencio de una ley sobre indemnización (que el perjuicio sea especial y de una gravedad suficiente; que la naturaleza de las actividades que afecta le ley no sean de carácter regresivo ni fraudulento o que la ley no actúe “en interés general preeminente”), se ha desarrollado en el sistema francés este peculiar régimen de garantías del ciudadano frente al legislador, si bien que restrictivamente, como se muestra el hecho de que, desde 1.938 (LA FLEURETTE) a 1.963 (BOVERO), sólo se ha reconocido derecho a indemnización en dos casos: arrêts CAUCHETEUX et DESMONT (1944) y LACOMBE (1.961)

53 GARCÍA FORERO, Fernando Alberto. *Fundamentación Ideológica de la Responsabilidad Sin Falta en el Derecho Público Colombiano*. Tesis de grado para optar al título de magister en derecho administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2002. p. 93.

54 *Vid.* Al respecto BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. *Responsabilidad Patrimonial del Legislador*. Bogotá: Legis, 2007. In extenso dedica el autor su obra al análisis del tema en comento.



para su admisibilidad, fue el ilustre profesor francés *León Duguit* en su Manual de Derecho Constitucional en donde, luego de analizar las necesarias garantías o libertades que debe tener el ciudadano frente al Estado, se ocupa de presupuestar los casos en que la ley puede ser contraria a Derecho y las consecuencias jurídicas y patrimoniales que de ello se pueden derivar.

Varios aspectos cobran relevancia en lo que atiende al tema de nuestro interés, comenzado por el planteamiento que del problema realiza el autor de la forma siguiente:

[...] Cuando el Estado, hace una ley cuya aplicación tendrá por consecuencia ocasionar un perjuicio a cierta categoría de personas, ¿está obligado por el derecho a consagrar expresamente en esta ley el principio de una indemnización a satisfacer a las personas víctimas de este perjuicio? Nosotros respondemos en principio: sí, salvo la explicación que más adelante daremos sobre el fundamento y extensión de esta responsabilidad.

Una cuestión íntimamente ligada a la primera, y sin embargo distinta, es la de saber si, habiendo el legislador guardado silencio en una ley en la que habría debido consagrar el principio de responsabilidad del Estado, pueden los tribunales conceder una indemnización a las personas lesionadas por la aplicación de dicha ley.

A primera vista, parece que la cuestión de la responsabilidad del Estado no puede plantearse siquiera. Una de dos, dicen los que así piensan: o la ley es conforme a derecho, o es contraria a derecho. En el primer caso, no hay cuestión; si la ley es conforme a derecho, no ha lugar a indemnización, puesto que no puede haber responsabilidad sino cuando hay violación del derecho (injuria), y en este caso, por hipótesis misma, no hay ninguna violación del derecho. Si la ley es contraria a derecho, el particular debe hallarse legalmente armado para substraerse a su aplicación, utilizando los recursos correspondientes, y, por lo tanto, tampoco procede la indemnización<sup>55</sup>.

Pero este dilema, agrega *Duguit*, carece de base, es insostenible, según su opinión, ya que es evidente que cuando el legislador hace una ley contraria a derecho, la cuestión de la responsabilidad no existe, porque el particular debe tener y de hecho tiene o tendrá pronto, el medio para

---

55 DUGUIT, León. Manual de Derecho Constitucional. Granada: Ed. Colmenares, 2005. p. 269.



evitar la aplicación de la ley, y aún en el caso de haber sido aplicada la ley antes de que se haya hecho reconocer su ilegalidad, no habrá lugar a una responsabilidad en razón de la ley, pero si en razón de un acto administrativo o jurisdiccional.

Empero lo anterior, expresa Duguit:

[...] puede ocurrir que la aplicación de una ley absolutamente conforme a derecho tenga por consecuencia la de causar un perjuicio particularmente grave para una categoría, más o menos extensa de personas. Entonces aparece con toda claridad la cuestión de la responsabilidad del Estado, no de una responsabilidad fundada en una violación del derecho, sino sobre la obligación, para la colectividad entera de reparar un perjuicio causado a algunos en interés de todos<sup>56</sup>.

A partir de lo dicho, con esta noción, amplificada, de la responsabilidad, admite *Duguit* que pueden darse casos en que el patrimonio del Estado se halle obligado a reparar el perjuicio ocasionado por la aplicación de una ley, en la que, por consiguiente, deberá reconocer el legislador el principio de esta responsabilidad.

Dichos casos, en sentir del autor, pueden agruparse en cuatro categorías:

1º. El legislador hace una ley para impedir o restringir cierta actividad, libre hasta entonces, pero que, en un momento dado, se considera peligrosa para el desenvolvimiento de la actividad física, intelectual o moral del individuo, y por lo mismo, de la nación. En este caso, el legislador no está obligado por el derecho superior a insertar en la ley el principio de una indemnización para satisfacer a aquellos a quienes la prohibición formulada por la ley causa un perjuicio, por grave que este perjuicio sea si prohíbe una actividad antisocial, peligrosa para la vida misma de la nación, no hace más que corregir un error o suplir una omisión, reconociendo y sancionando una prohibición que en derecho existía ya sin que ello pueda dar lugar a indemnización alguna.

2º. El legislador hace una ley que prohíbe o restringe cierta actividad que no es en sí misma nociva ni antisocial. En caso semejante, no cabe la menor duda, de que constituye una obligación jurídica para el Estado legislador

---

56 DUGUIT, León. op. cit. pp. 271 -272.



el inscribir en la ley el principio de una indemnización<sup>57</sup> pues al sujeto se le priva de una fuente de riqueza de todo en todo legítima, sacrificando su interés particular al interés de la colectividad.

3º. El legislador hace una ley, conforme en sí misma al derecho, pero que hace más onerosa la ejecución de las obligaciones de ciertos deudores respecto a sus acreedores, o lo que es lo mismo, disminuye la extensión de las prerrogativas de ciertos acreedores. A fortiori, una indemnización es inexcusable cuando la ley tiene por único objeto modificar situaciones contractuales nacidas con anterioridad a la promulgación de la ley, más para que la indemnización sea debida, es preciso que la ley tenga por objeto modificar la situación jurídica en sí misma y;

4º. El legislador hace una ley que, considerada en sí misma, es conforme al derecho superior, pero que tiene por consecuencia hacer más onerosa la situación jurídica en que se encuentra una persona respecto del Estado. De esta clase son por ejemplo, las leyes que causan nuevos impuestos que no existían en el momento del contrato. Nosotros estimamos, apunta el maestro *Duguit*, que en caso semejante el legislador no debe conceder indemnización alguna a las personas perjudicadas; sin embargo, aclara, la solución parece completamente diferente cuando se trata de una ley cuyo objeto especial y claramente determinado es el de modificar, haciéndola más onerosa, la situación jurídica de un concesionario de servicio público.

El Estado no puede indudablemente modificar, incluso por medio de una ley, las cláusulas contractuales de un pliego de condiciones, con arreglo al cual se hizo la concesión. Pero se reconoce hoy unánimemente que puede modificar las cláusulas llamadas reglamentarias, esto es, las cláusulas relativas al funcionamiento del servicio público concedido, porque es inadmisibles que el Estado sea privado, durante todo el tiempo de la concesión, de la facultad que le corresponde de poder aportar al servicio concedido las modificaciones que las circunstancias exigen, razón por la cual, no cabe duda, en criterio del maestro francés, que dicha ley debe reservar una indemnización a favor del concesionario perjudicado<sup>58</sup>.

A tono con lo dicho, buscando los soportes que sirvieron para la implementación de esta específica modalidad de responsabilidad estatal, encontramos que un punto de partida importante sería el advenimiento

---

57 *Ibid.*

58 *Ibid.* pp. 273 -277.



del Estado Social de Derecho y con ello la implementación del principio de supremacía constitucional, pues el panorama frente a esta materia varió sustancialmente, debido a que, bajo esta forma de Estado, el legislador queda sometido al imperio de la norma fundamental en igualdad de condiciones con los demás poderes públicos.

De allí que la profesora *Bernardita Pérez*, en un juicioso estudio haya señalado que: “la vinculación del legislador a la preceptiva constitucional, tanto en su forma como en su contenido, robustece la supremacía constitucional y desdeña el imperio y soberanía del legislador; por tanto es, definitivamente, la introducción de la supremacía y fuerza normativa de la Constitución lo que constituye la piedra angular de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador<sup>59</sup>.”

Y lo afirmado por esta profesora colombiana, es perfectamente coherente con el resultado del análisis efectuado por el autor español *Vicente Garrido Mayol*, titulado *La Responsabilidad Patrimonial del Estado: Especial Referencia a la Responsabilidad del Estado Legislador*, en el que luego de un examen genérico del derecho comparado y, particularmente, sobre el estado de la situación en la doctrina y la jurisprudencia española, expone:

[...] En suma cabe concluir diciendo que resultó positivo a todas luces comprobar como el Tribunal Supremo acababa con la concepción de una cierta impunidad del Estado en este terreno, señalando que ‘el poder legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y su leyes quedan bajo el imperio de esa norma suprema. En los casos donde la ley vulnera la Constitución, el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello representa llevará consigo la obligación de indemnizar. De ahí que la responsabilidad del Estado legislador puede tener su segundo origen en la inconstitucionalidad de la ley<sup>60</sup>.

De la misma forma lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana, cuando refiriéndose al tema, indica que

[...] en general de la tradicional división del poder público en tres ramas, la ejecutiva, la legislativa y la judicial, la obligación de reparar daños

---

59 PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Apuntaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador. En *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*. Número 2. Septiembre de 2006. p. 91.

60 GARRIDO MAYOL, Vicente. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial Referencia a la Responsabilidad del Estado Legislador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 213.



causados por la actividad estatal en principio se predicaba exclusivamente de las lesiones patrimoniales causadas por la Administración, entendida ésta como poder ejecutivo, mientras que sólo lentamente, desde mediados del siglo pasado, comienza a admitirse la posibilidad de que el Estado esté obligado a reparar los daños ocasionados por hechos o actuaciones imputables al poder judicial y al poder legislativo [...] la reticencia inicial a admitir que la actuación del legislador produjera daños que debían ser reparados es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos y a este respecto no hay diferencias notables entre el civil law y el common law. El fundamento a tales reparos hay que buscarlo en el principio de soberanía parlamentaria, apasionadamente defendido por las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, el cual terminaría por convertirse en uno de los pilares del Estado liberal clásico.<sup>61</sup>

Así las cosas, al consolidarse el modelo de Estado Constitucional y a manera de corolario de ello el principio de supremacía de la Constitución no quedaban argumentos para privilegiar los actos del poder legislativo dejándole exento de reparar los daños antijurídicos que causara, en igualdad de condiciones con los demás órganos del poder público.

Reafirmadas quedarían las palabras de *Montesquieu*, a las que acude *Brewer – Carias*, puntualizando que: “para garantizar la libertad, las tres potestades públicas no debían estar en las mismas manos, y que, separadas, debían estar en un plano de igualdad; de lo contrario, el poder no podía frenar al poder<sup>62</sup>”.

Admitida pues la posibilidad de responsabilizar al legislador por el daño que ocasionara con las leyes, el paso siguiente sería, por parte de la jurisprudencia y la doctrina, determinar la forma en que se debía formular el juicio de imputación de la misma.

Y del tema se ocupa el profesor *Wilson Ruíz Orejuela* quien nos ilustra de la forma siguiente:

[...] Como se observa y se ha señalado la Corte es muy clara en no vacilar al afirmar que la responsabilidad del estado legislador no sólo se circunscribe a ciertos eventos con la declaratoria de inconstitucionalidad

---

61 Cfr. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. En: Gaceta Jurisprudencial. Número 167. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. p. 221.

62 BREWER – CARIAS, Allan. Reflexiones Sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810 – 1830) y sus aportes al Constitucionalismo Moderno. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 108.



de una ley, o la declaración de expropiación de un bien o la constitución de un monopolio o la reserva de un servicio público sino que ella deriva de la noción de daño antijurídico [...]<sup>63</sup>

Es decir, vislumbra el profesor colombiano que la responsabilidad por los daños ocasionados por la legislación tiene asidero esencial en el sistema de responsabilidad definido constitucionalmente y el cual, a su vez, se soporta de acuerdo con el Consejo de Estado colombiano, en:

[...] el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, pues sobre él - en tanto afecta a la víctima - se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable. El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc.....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.”

Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de “causales de justificación<sup>64</sup>.”

Causales de justificación que posteriormente pasan a ser explicadas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional de la forma siguiente:

La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.” Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc ), constituye una constante, razón por la cual,

63 RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad Extracontractual Frente a Estado Legislador, Medios de Comunicación, Responsabilidad Fiscal, Desplazamiento Forzado y Actos Terroristas. Bogotá: ECOE, 2007. p.p. 23 – 24.

64 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enriquez. Santa Fe De Bogotá, D.C., Veintisiete (27) De Enero De Dos Mil (2000). Radicación Número. 10867.



al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.

En el esquema de planteamientos efectuado, aparece el también jurista nacional *Jairo Ramos* y propone que:

El acto parlamentario o congresional debe estar, en cuanto a la responsabilidad, sometido al mismo tratamiento jurídico que si emana de otros poderes del Estado. El Congreso está, como los demás órganos, sometido al derecho [...] los fundamentos para establecer esa responsabilidad en el caso de silencio de la ley, son los siguientes: 1) igualdad ante las cargas públicas; 2) Enriquecimiento sin causa; 3) Expropiación; 4) Protección de los Derechos Fundamentales [...]<sup>65</sup>

Coincidente con lo dicho opina *Paillet*, que:

La posibilidad de comprometer por ese hecho la responsabilidad pecuniaria del Estado ha podido vislumbrarse sólo con precauciones y dentro de un marco conceptual que acomode el carácter incontestable de los actos correspondientes. Este marco se ha encontrado con ayuda de la noción de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas que permite, si bien en condiciones restrictivas, no excluir toda indemnización sin dejar pesar la menor crítica sobre la actividad legislativa y la adopción de convenciones internacionales [...]<sup>66</sup>

De otro lado, el profesor *Daniel Arango Perfetti* matiza lo hasta aquí planteado al proponer que el título de imputación de esta forma de responsabilidad estatal corresponde más exactamente al daño especial.

En efecto, luego de concretar un riguroso análisis jurisprudencial del tema, este autor comenta, refiriéndose a la sentencia del 8 de marzo de 2007 emanada de la sección tercera del Consejo de Estado, lo siguiente:

[...] Sin mencionar nada nuevo en lo que toca con la responsabilidad del Estado legislador, el Consejo de Estado en esta sentencia aprovechó la oportunidad para consolidar su posición frente a ese particular así como en frente de la responsabilidad administrativa por actos administrativos regulares, que con el mismo título jurídico de imputación –el daño

65 RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 792, 793.

66 PAILLET, Michel. Responsabilidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 213.



especial – había venido siendo reconocida de tiempo atrás por dicha corporación [...]”<sup>67</sup>

Desde luego que estas no serían las únicas voces que se escucharían. En un importante trabajo, elaborado por el jurista *Javier Enrique Torregróza Sánchez*, se admite que la responsabilidad al legislador puede ser imputada tanto a título de daño especial como de falla del servicio.

Efectivamente, en una obra publicada por la Universidad Externado de Colombia, que es dedicada en forma exclusiva a la revisión del tema, ocupándose del análisis de los fundamentos y elementos estructurales en torno a una teoría de este tipo de responsabilidad, señala el jurista: “[...] consideramos que, realmente, el cimiento mediato de la responsabilidad del Estado en sus tres regímenes es la ruptura del equilibrio de las cargas públicas en relación con los administrados; razón por lo cual compartimos a cabalidad el planteamiento de nuestro Consejo de Estado frente al daño especial, pero igualmente aplicable a los otros dos regímenes de responsabilidad pública [...]” A partir de tal afirmación procede nuestro autor a explicar la forma en que la responsabilidad por el hecho del legislador puede imputarse, haciendo mención en primer término al daño especial, del cual señala lo siguiente:

[...] Debe ponerse de presente que la ruptura de este equilibrio se erige en el fundamento mediato de todos los regímenes de responsabilidad pública – falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional – pero adicionalmente, en cuanto al régimen de responsabilidad del Estado por daño especial, es también fundamento inmediato [...] De acuerdo con el planteamiento anterior, el daño especial, como título de imputación de responsabilidad estatal, es de aplicación restrictiva; únicamente puede ser utilizado en aquellos eventos en que los demás regímenes no operan, es decir, cuando no se ha producido una falla del servicio o cuando el daño no se genera por la concreción de un riesgo creado por el Estado. [...]”<sup>68</sup>.

Posteriormente y amparado, entre otras, en las sentencias C- 423 de 1995, C-270 de 2000 emitidas por la Corte Constitucional, y la sentencia del 6 de

---

67 ARANGO PERFETTI, Daniel. “El Reconocimiento Jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial del Legislador en Colombia”. En Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Número 26. Noviembre de 2009. p. 187.

68 TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador. Tesis de Grado. Bogotá: Dpto. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 35.



septiembre de 2002 emanada del Consejo de Estado, justifica cómo la falla del servicio se puede erigir en fundamento de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador en tratándose de aquellos casos en los que la misma ha sido producida inconstitucionalmente y así lo ha declarado el órgano competente<sup>69</sup>, en efecto plantea el autor:

Luego de haber citado estos importantes antecedentes jurisprudenciales es pertinente advertir que, en varios fallos de constitucionalidad, la Corte Constitucional, mediante la técnica de modular los efectos temporales de sus decisiones, ha habilitado la posibilidad de entablar acciones por medio de las cuales se pretenda el resarcimiento de los perjuicios que ocasionó la puesta en marcha de la legislación<sup>70</sup>.

Las voces de la jurisprudencia y la doctrina entonces, en importante número, han concurrido al respaldo de la admisibilidad de la responsabilidad del Estado por los daños producidos por la legislación, arguyéndose, por cada trabajo académico o judicial, un título de imputación fundado debidamente. Obsérvese, por ejemplo, que hasta el momento se ha hablado de la construcción de dicho título sobre la base del daño antijurídico. Adicionalmente se ha planteado que el mismo se atribuye a título de violación al principio de ruptura del equilibrio de las cargas públicas, de daño especial o, incluso de falla del servicio.

Sin embargo, en un reciente trabajo se ha propuesto que el título jurídico de imputación de la responsabilidad del legislador es el de la violación al principio de confianza legítima. En consonancia con lo dicho, y en opinión que dista ciento ochenta grados de lo dicho por el profesor *García de Enterría*, la abogada *Rocío Ramos Huertas* realizó un trabajo de grado para optar al título de magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, que tituló *La Responsabilidad Patrimonial del Legislador en Colombia por Vulneración del Principio de Confianza Legítima en el Tratamiento de Exenciones Tributarias*. En esta investigación, además de estudiar los presupuestos genéricos para la procedencia de esta figura en la legislación colombiana, se centralizó en el examen del principio de confianza legítima como uno de los pilares de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador. Ilustrando el tema, señaló categóricamente lo siguiente: [?] El principio de confianza

---

69 *Ibíd.* pp. 42.

70 *Cfr. Ibíd.* p. 48.



legítima en derecho administrativo tiene origen en el derecho alemán, en la figura denominada *vertrauensschutz*. Ha sido aceptado como principio de derecho a partir de su conceptualización y aplicación en la jurisprudencia, en especial, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, donde se introdujo tímidamente por primera vez en la STJCE del 13 de julio de 1965 (as. 111/63, Lemmerz Werke). Aunque inicialmente su reconocimiento se dio a partir del principio de seguridad jurídica, hoy cuenta con autonomía propia, sin dejar de apoyarse en otros principios del Estado de Derecho como el principio de la buena fe.

Cabe destacar, agrega la autora, que dicho principio se ha venido utilizando como fundamento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJCE de 15 de mayo de 1974, asunto CNTA155 y tras su evolución en la jurisprudencia de dicho Tribunal, llegó a convertirse en un principio general del Derecho Comunitario; por ello, se insiste, los pronunciamientos del TJCE que han estructurado este principio, admiten su aplicación especialmente en campo de derecho económico, por la necesidad de estabilidad en las normas jurídicas que regulan el mercado<sup>71</sup>.

Por todo lo dicho, concluye la investigadora en referencia que: [?] El principio de confianza legítima surge como una garantía que permite que se exija responsabilidad al Estado en materia tributaria cuando ocurren cambios normativos inesperados que afectan la seguridad y estabilidad jurídica, los cuales además inciden negativamente en el patrimonio de los particulares<sup>72</sup>. De allí pues que el debate se encuentre plenamente vigente y amerite precisión.

Y en efecto, en busca de tal precisión encontramos, respaldando la viabilidad de este principio como fuente de la responsabilidad del Estado por los daños producidos por la legislación, al profesor costarricense *Ernesto Jinesta Lobo*, quien publicó un escrito titulado *La Responsabilidad del Estado Legislador*, en la *Revista de Derecho Público de la Asociación*

---

71 RAMOS HUERTAS, Rocío. La Responsabilidad Patrimonial del Legislador en Colombia por Vulneración del Principio de Confianza Legítima en el Tratamiento de Exenciones Tributarias. Tesis de Grado. Maestría en Derecho Administrativo Universidad del Rosario. Bogotá: Febrero de 2010. pp. 130 - 131

72 *Ibid.* p. 141.



Costarricense de Derecho Administrativo, en el que controvierte la tesis del profesor *Quintana López*, según la cual “no pueden expropiarse expectativas, sino bienes, derechos e intereses patrimoniales legítimos, es decir, ciertos, efectivos y actuales, no eventuales o futuros”<sup>73</sup>. Sobre el tema, indica el profesor *Jinesta Lobo* lo siguiente:

[...] este autor español plantea una tensión dinámica o lucha dialéctica entre la seguridad, la buena fe e, incluso, la confianza legítima de los administrados a la estabilidad y permanencia del ordenamiento jurídico -como exigencias constitucionales que pueden dar fundamento a la responsabilidad del Estado Legislador- y el desarrollo normativo y progresivo necesario para la configuración social y económica. Estima que efectivamente la confianza legítima de los administrados en la estabilidad del ordenamiento jurídico le da sustento a la responsabilidad del Estado-Legislador como consecuencia de una modificación normativa que altera situaciones jurídicas cuya permanencia era legítimamente esperable, sin embargo, estima que ese principio debe ceder ante el poder legislativo soberano y la variación o mutación de las circunstancias, lo que puede justificar la necesidad de normarlas y, por consiguiente, la alteración o modificación de la vieja regulación, todo lo cual, en su criterio, excluye el deber de resarcimiento, puesto que, el administrado debe soportar la lesión antijurídica.

En nuestro criterio los conceptos jurídicos indeterminados de “progreso legislativo” y de “petrificación normativa”, no pueden, bajo ningún concepto enervar, condicionar o excluir el principio constitucional de responsabilidad y el derecho fundamental al resarcimiento (artículo 41 de la Constitución Política) del administrado o de un grupo de administrados cuando sufren una lesión antijurídica especial, por la pequeña proporción de afectados y anormal, por la intensidad excepcional de la lesión, a partir de la aplicación o los efectos de una ley<sup>74</sup>.

Una tesis completamente opuesta, según ya se vio, no sólo al profesor *Quintana López*, sino también a lo dicho por *García de Enterría* quienes, simultáneamente, pretenden cuestionar la viabilidad de la responsabilidad

73 Vid. QUINTANA LÓPEZ, Tomás. La Responsabilidad del Estado Legislador. En: Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 135. 2003. p. 109.

74 JINESTA LOBO, Ernesto. “La Responsabilidad del Estado Legislador”. En *Revista de Derecho Público. Asociación Costarricense de Derecho Administrativo*. Número 1. San José: Enero – Junio de 2005. p. 50.



del legislador precisamente en las ideas de libertad para hacer las leyes y la consecuente petrificación de la producción normativa.

Consecuente con la observación anterior y ampliando la explicación, el profesor chileno *J. Ignacio Núñez Leiva*, en un artículo titulado “La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador”, publicado en *la Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, plantea la forma en que el soporte de esta modalidad de responsabilidad puede hallarse en las raíces mismas del Estado Constitucional.

En efecto, afirma el profesor *Núñez Leiva* que:

[...] Por otra parte el dogma de la infalibilidad de la ley y plenitud de la soberanía, o fetichismo de la ley, en el caso chileno, se encuentra plenamente superado. Sabido es que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sin distinción, pero guardando especial relevancia en este caso los derechos a la igualdad ante la autoridad, la ley, los tributos y las cargas públicas y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

Además conocido es, también, que la actividad legislativa se haya sujeta a un doble control de su adecuación a la Constitución.

Por último, el carácter general de la ley, rasgo empleado en la jurisprudencia temprana de los tribunales franceses para negar la procedencia de la reparación patrimonial de los perjuicios eventualmente ocasionados por esta fuente del Derecho, tampoco constituye un argumento categórico para negar la responsabilidad del Estado legislador, toda vez que éste descansa en la idea de que la única antijuridicidad posible sería la violación de la igualdad de las cargas públicas mediante la imposición de un sacrificio especial a una persona determinada, lo cual no ocurriría si la ley afectase a todos por igual. Empero como es sabido, en el Estado Constitucional de Derecho, la antijuridicidad de la ley puede provenir de la vulneración a cualquier disposición de la Carta Fundamental sea que afecte esta en sus derechos constitucional a un solo individuo o a todos por igual [...] <sup>75</sup>

---

75 NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. Un Análisis a Propósito de las Garantías del Contribuyente en el Sistema Chileno. En: Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. 2010. Año 8, Numero 1. pp. 193 – 194.



De lo cual se deduce que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador, toca de manera sustancial no sólo el principio de la buena fe sino la integridad misma de la Carta Política en el marco del Estado Constitucional.

Estos aspectos, y muchos otros de los tocados a lo largo del presente capítulo dedicado esencialmente al análisis de la evolución en tratamiento académico del tema, han sido abordados por el profesor *Luis Felipe Botero Aristizábal*, en su completo estudio que sobre el tema de la *Responsabilidad Patrimonial del Legislador* ha publicado.

Y uno de los principales tópicos analizados por el citado académico, es el relativo a la revisión de la situación del tema en el derecho comparado, incluyendo en dicho análisis lo ocurrido en Francia, Italia, España y la Unión Europea, así como lo que sucede en Brasil, Argentina, Venezuela y el Mercosur, para llegar a concluir inicialmente que existen puntos en común en las distintas latitudes jurídicas estudiadas, y que: “[...] La esencia del problema de la responsabilidad del legislador parte de una generalizada desconfianza del poder legislativo, que en muchas se ha prestado para crear una ‘legalidad’ atentatoria de muchos valores constitucionales y que además no siempre se ha orientado por la búsqueda del interés general. [...]”<sup>76</sup>

Lo que en criterio del autor ha llevado a desacramentalizar la ley, situación que se ha visto intensificada con la aparición de los diversos bloques de integración política y económica; empero, curiosamente el primer fallo sobre esta modalidad de responsabilidad no se imputó si no a título de ruptura de cargas públicas, aunque en la actualidad se manejen títulos de imputación diversos como la violación de la Constitución o del Derecho Comunitario.

Pasa posteriormente, el citado autor, a analizar los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, esto es, se ocupa del examen de las nociones de daño antijurídico, los títulos jurídicos de imputación y del nexo causal, para situarse, en concreto, en la inspección de la responsabilidad del legislador en el derecho colombiano, iniciando con la plasmación de los antecedentes históricos y con la forma como se generó con ello un replanteamiento de la noción de soberanía;

---

76 BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. op. cit. p. 85.



todo esto a manera de preparación para el estudio detallado de algunos casos históricos en los que el legislador mismo dispuso reparación por los daños que pudieran derivarse de su accionar normativo, hasta llegar así, al examen del marco jurídico vigente.

Dentro de este proceso de revisión, llama poderosamente la atención la forma en que el autor logra desvirtuar los argumentos que tradicionalmente se tenían para negar la responsabilidad del legislador en la doctrina colombiana, entre los que se encuentran las ideas de que el legislador actúa en nombre de la nación, que la ley es general y no particular, o la problemática que se deriva de la identificación del responsable de la expedición de la ley ( si es el autor del proyecto, quienes la aprobaron o quienes la sancionaron).

Otros de los aspectos de gran relevancia es el tema de la posible concurrencia de títulos de imputación de responsabilidad del legislador ante la declaratoria de inexecutable de una ley, pues a decir del autor además de poderse plantear una falla del servicio, también podría esbozarse, de forma incluso simultánea, el de violación del principio de cargas públicas<sup>77</sup>.

En todo caso es innovador y esclarecedor lo afirmado por el profesor Botero respecto del papel del legislador al hacer la ley, al plantear que “[...] la obligación del Congreso de legislar conforme a la Constitución sería una obligación de resultado.”<sup>78</sup>

Aunque no se queda en esta mera explicación y aborda el tema de la confianza legítima y de su íntima relación con el principio de la buena fe, paralelamente con la responsabilidad por violación de las normas comunitarias, y finaliza con la explicación de los problemas de la autoría y de la acción de repetición al interior de la problemática derivada de responsabilizar al legislador, para, a renglón seguido ocuparse del tema de los deberes propios del legislador.

Concluye así, pues, en tan minucioso estudio, que aunque el primer precedente judicial en donde se condenó al Estado colombiano por el hecho del legislador fue en todo caso tardío, debe reconocerse que en Colombia sí ha existido tradición de indemnizar a la víctimas de los

---

77           Ibíd. p. 234.

78           Ibíd. 267.



efectos de las leyes, y a pesar de que la jurisprudencia ha insistido en que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos a futuro, es necesario reinterpretar los alcances de dichos efectos para volver a dimensionar esto a la luz de la responsabilidad por el daño que se pueda ocasionar con las leyes.

Obsérvese pues cómo de manera prolífica, pero asistemática, se ha examinado el tema de la responsabilidad del legislador por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

Ciertamente, este estado de cosas demanda una reflexión hilada que nos permita ubicar el tema en el marco del desarrollo actual de la teoría de la responsabilidad estatal en aras de efectuar las precisiones dogmáticas del caso y nos sirva de soporte para la elaboración de una propuesta técnica para el tratamiento científico de la problemática que constituye nuestro objeto de investigación, cosa de la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente del presente trabajo.



## CAPÍTULO II. ANÁLISIS SISTÉMICO DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL COMO PRESUPUESTO PARA EL ENTENDIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR.

El presente capítulo tiene por objeto ubicar la responsabilidad patrimonial del legislador en el marco de la teoría general de la responsabilidad estatal, a efectos de contrastar los elementos constitutivos de ésta última con la forma en que doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido tratada la primera.

Según se vio en el capítulo precedente, si bien es cierto que tanto doctrina como jurisprudencia admiten en la actualidad este tipo de responsabilidad –la del legislador-, también debe reconocerse que existe cierta anarquía en el tratamiento académico del tema pues, tal como se constató en líneas anteriores no existe consenso respecto del método bajo el cual la misma se deba examinar ni sobre el título jurídico bajo el cual la misma se debe imputar.

Y lo que sucede con esta problemática es perfectamente entendible máxime si partimos de reconocer que en Colombia nos encontramos frente a la total ausencia de un sistema legal que defina la forma en que se estructura, procesa y declara la responsabilidad del Estado mismo.

### **2.1 La falta de un análisis sistemático de la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular.**

Es palmario que actualmente en el derecho colombiano ha operado un régimen pretoriano<sup>79</sup> de responsabilidad estatal; lo que es reconocido por el profesor *José Fernando Gómez Posada*, quien sobre el tema acota lo siguiente:

---

79 En Roma, conjunto de resoluciones emanadas del pretor. Vid. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981. pp. 239, 606. Del análisis de esta obra se deduce que el término pretoriano proviene de pretor, mismo que se explica por el autor de la forma siguiente: En el Derecho Romano se llamó así a los funcionarios judiciales investidos de la *iurisdictio*. En el 242 a. C., la pretura, que venía siendo ejercida por un solo funcionario, se dividió en dos: el pretor urbano y el pretor peregrino. El primero ejercía su jurisdicción en la ciudad de Roma. El segundo ejercía su jurisdicción en las cuestiones entre romanos y extranjeros o entre extranjeros únicamente. El cargo surgió en el 367 antes de Cristo, con ejercicio de la jurisdicción que hasta entonces habían tenido los cónsules (v.), aunque no deja de señalarse que estos últimos ya habían recibido con anterioridad el nombre de pretores. La magistratura duraba un año y se obtenía por elección en los comicios *centuriales*. El pretor vestía la pretexta, ocupaba la silla curul e iba precedido de lictores (V.). Su influjo jurídico ha sido trascendente a través del por ello llamado Derecho pretorio (v.).



El derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene en Colombia un desarrollo típicamente jurisprudencial, pues su concepción originariamente viene de las normas sobre responsabilidad civil del Código Civil, que como se explicó con anterioridad, fueron traídas al campo administrativo para regular también con ellas las relaciones de la Administración.

En la medida en que fue adquiriendo autonomía el derecho público y con él ésta especial materia de la responsabilidad del Estado, se han venido adaptando las interpretaciones a las nuevas tendencias del derecho moderno y en particular en lo concerniente al derecho administrativo.

Así, respondiendo a la evolución conceptual y jurisprudencial, terminó por consagrarse en la Constitución de 1991 la denominada “cláusula general de responsabilidad del Estado”, con la cual se formalizó la independencia y autonomía del derecho de la responsabilidad en materia contencioso administrativa<sup>80</sup>.

Pero, agrega el autor, continuamos frente a un contexto legal que carece de normas propias que lo desarrollen, esto es, que la responsabilidad civil continúa siendo el soporte fundamental de la responsabilidad del Estado, sin duda, razón por la cual entonces, la jurisprudencia ha adquirido en ésta materia una importancia singular pues ha creado toda una “arquitectura jurídica” para concebir la aplicación de aquellas normas “ius privatistas” en lo que concierne al derecho público, a través de aplicaciones, presunciones e interpretaciones jurisprudenciales.

Es por ello que, según dice el autor colombiano, si una persona estudiosa quisiera encontrar un cuerpo de normas que recopilara el contenido y los fundamentos del derecho de la responsabilidad del Estado, tendría que pasearse literalmente por la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código Penal, el Contencioso Administrativo y por varios de los de Procedimiento, a riesgo de encontrar todavía que algunas interpretaciones jurisprudenciales recurren a las normas de derecho internacional, tratados públicos, convenciones de derecho humanos y aún, a la propia doctrina nacional y foránea<sup>81</sup>.

80 Cfr. GÓMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y Crítica de la Responsabilidad por daños del Estado en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2008. p. 131.

81 *Ibid.*



Lo anterior permite concluir que, para conocer de fondo el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, hay necesariamente que internarse en la jurisprudencia.

Y tal vez por lo anterior, es que, según Gómez Posada, “encontraremos muchas decisiones que se contradicen entre ellas, acudiendo cada cual a fundamentos filosóficos, jurídicos y materiales distintos<sup>82</sup>”.

## **2.2 Hacia una análisis sistemático de la responsabilidad del Estado, como primer paso para la sistematización de la responsabilidad del Legislador.**

Ante esta balumba de consideraciones, análisis y decisiones judiciales, el primer paso para cumplir con el objeto del presente capítulo es, tratar de descubrir los componentes del sistema de responsabilidad estatal que actualmente opera en nuestro medio jurídico para, posteriormente, analizar la situación en la que la responsabilidad del legislador se encuentra frente a ello.

Dese luego que un esfuerzo de tal naturaleza implica la existencia de un plan metodológico que nos permita coherentemente medir y obtener los resultados esperados.

Para los efectos anteriores, consideramos de vital importancia comenzar por 1) clarificar el concepto, sentido y estructura de un sistema de responsabilidad; 2) examinar la forma en que se ha estructurado en Colombia el sistema de responsabilidad estatal y, 3) determinar la forma en que jurisprudencialmente se ha pretendido encajar la responsabilidad del legislador dentro de dicho sistema de responsabilidad.

A continuación se procederá a desarrollar el derrotero planteado, acudiendo desde luego, con la mayor rigurosidad técnica, al análisis de las fuentes de investigación – jurisprudenciales, normativas y doctrinarias- que hemos recopilado.

### *2.1.1 Concepto y sentido de un sistema de responsabilidad.*

Por efectos metodológicos se considera pertinente, al momento de abordar el análisis de la noción “sistema de responsabilidad”, desagregar los componentes conceptuales de la figura y luego de tal labor proceder a

---

82 *Ibíd.* p. 132.



la construcción de un concepto que permita un entendimiento integral de la misma.

Para tal fin, a continuación se procederá al análisis del concepto de sistema y, luego, del concepto de responsabilidad. Veamos.

### 2.2.1.1 Aproximación a la noción de sistema.

La palabra sistema, desde el punto de vista etimológico, puede decirse que viene del griego σύστημα<sup>83</sup> que denota unión de cosas de una manera organizada. Dicho término se encuentra a su vez compuesto primeramente de συν (syn), que significa junto, como en *sinagoga* e *idiosincrasia*; en segundo lugar, aparece el vocablo ἵστημι (hístemi) que denota establecer, poner en pie, detener, estar en pie y, finalmente, aparece el sufijo -μα, que indica instrumental-medio-resultado, como en *axioma*, *lexema*, *morfema*, etc.

Un sistema pues, se puede definir, de acuerdo con el jurista argentino *Manuel Ossorio*, como aquel “Conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia<sup>84</sup>”.

De igual forma es concebido en el diccionario de *María Moliner* como un “conjunto ordenado de normas y procedimientos con que funciona o se hace funcionar una cosa<sup>85</sup>”. Y, en un sentido complementario, lo precisa el profesor español *Prieto Sanchís* como: “un conjunto de elementos que forman una estructura merced a que exista algún tipo de relación entre ellos”; el cual, a su juicio, se encuentra formado así por “un conjunto cualquiera de principios o enunciados que se consideran (verdaderos) los axiomas y por todas sus consecuencias lógicas (los teoremas)<sup>86</sup>”.

En esa línea, y para profundizar en el examen de este punto es preciso citar al maestro *José Ferrater Mora*, quien, en su *diccionario filosófico*, nos ilustra observando que:

Una definición del sistema como conjunto de elementos relacionados entre sí y armónicamente conjugados, es acaso suficiente para una idea común. En la Dialéctica trascendental [...] Kant retomaba su antigua idea del sistema como un todo del conocimiento ordenado

83 Cfr. Real Academia Española. Diccionario Usual de la Lengua. Versión electrónica. Disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

84 OSSORIO, Manuel. op.cit. p. 710.

85 MOLINER, María. Diccionario de Uso del Español. Edición Electrónica. Madrid: Editorial Gredos, 2001.

86 PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. Madrid: Trotta, 2009. p. 105.



según principios y definía la arquitectónica como el arte de construir sistemas. Pero como justamente la razón humana es arquitectónica, resulta que puede convertir en sistema lo que era un mero agregado de conocimientos. De ahí la definición precisa: “Por sistema entiendo la unidad de las formas diversas del conocimiento bajo una sola idea”<sup>87</sup>

En el orden de ideas esbozado, ha quedado claro que un sistema es un conjunto de cosas ordenadas coherentemente para la obtención de un fin determinado.

En el plano jurídico es evidente que esas cosas, en palabras de *Ossorio, Kant* y el mismo *Prieto Sanchís*, corresponden a principios y normas y su objeto, por esencia, no es otro que regular una materia o asunto determinado<sup>88</sup>.

#### 2.2.1.2 El concepto de responsabilidad.

La palabra responsabilidad, se deriva del verbo responder, que proviene del latín *respondere*, el cual, a su vez, se forma del prefijo *re* (reiterar, repetir) y del sufijo *sponsus* (prometido) y que significa contestar, satisfacer a lo que se pregunta o propone<sup>89</sup>.

Paralelo a ello, se suma el sufijo *~dad* que significa ‘cualidad’ en sustantivos abstractos derivados de adjetivos.

Ahora, si el adjetivo base es bisílabo, suele tomar la forma *~edad*, como por ejemplo *mocedad*, *cortedad*, *terquedad*. También la toman los adjetivos terminados en *~io*, como *suciedad*, *obligatoriedad*, *precariedad*.

Pero, y aquí está el punto de nuestro interés, cuando *~dad* se aplica a adjetivos verbales en *~ble*, se forman derivados terminados en *~bilidad*, como *culpa ~bilidad* o *respuesta ~bilidad*.

Responsabilidad, entonces, desde un punto de vista etimológico es cualidad de responsable; palabra en la que ocupa un lugar determinante el sufijo *~ble*, el cual forma adjetivos casi siempre verbales e indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir la acción del verbo, esto

87 FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964. p. 687.

88 Vid. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2001. p. 397. Indica el autor sobre este punto que con la expresión “objeto del Derecho aludimos a los que caen bajo la esfera de regulación del Derecho, o sea, lo que puede ser objeto de este”.

89 Vid. Real Academia Española. op. cit.



es, contestar o satisfacer algo que se pregunta o propone<sup>90</sup>.

Así, *responsabilidad* denota la capacidad para dar respuesta, para satisfacer aquello que jurídicamente se demanda. Y lo que se demanda en el campo jurídico es que los sujetos de derecho asuman los comportamientos y las consecuencias que las normas imponen<sup>91</sup>.

Quien incumple un deber prescrito en una norma debe responder por ello y, a esa respuesta, se le denomina jurídicamente sanción.

De manera pues que la responsabilidad puede entenderse como aquella situación jurídica en la que se encuentra un sujeto que cumple con todas las condiciones objetivas y subjetivas, necesarias y suficientes para recibir una sanción<sup>92</sup>.

En concordancia con lo dicho, señala el profesor mexicano *Pablo Larrañaga*, “ser responsable de algo significa que se es la persona que puede ser justificadamente sentenciada por algo<sup>93</sup>”.

En síntesis, expresa el profesor centro americano: “Como enunciado acerca de la responsabilidad: “A es responsable de X” significa que A cumple con todas las condiciones objetivas y subjetivas, necesarias y suficientes para ser sentenciado a sufrir una sanción<sup>94</sup>”.

Tenemos en consecuencia, según lo afirma el autor estudiado, que la responsabilidad como situación jurídica es una condición que debe estar presente dentro de las condiciones normativas para la exigibilidad de las conductas y para los procesos de aplicación de sanciones. En este sentido, el concepto de responsabilidad tiene una clara naturaleza normativa: por

---

90 Vid. Real Academia Española. op. cit. Definiciones de Responsabilidad, Responder, sufijos ~dad y ~ble.

91 Vid. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. México, D.F.: Editorial Éxodo, 2006. P. 73. Para ilustrar mejor el tema tratado, traemos a colación la forma en que este autor explica el funcionamiento del Derecho a partir de la relación entre obligación, hecho ilícito y sanción. En efecto, puntualiza el maestro vienés: “Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: “En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada”, el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria”.

92 Vid. CORREA VARGAS, Rodolfo Andrés. Teoría General del Derecho. Medellín: Diké, 2009. p. 120. Definición que corresponde a la denominada *responsabilidad como sancionabilidad*.

93 Vid. LARRAÑAGA, Pablo. El Concepto de Responsabilidad. México: Fontamara, 2000. p. 63.

94 *Ibid.*



un lado, los sistemas de responsabilidad se integran mediante criterios relativos a la capacidad, la causalidad etc., que se establecen en las llamadas reglas de responsabilidad y, por otro lado, la satisfacción de tales requisitos es una condición para que las normas jurídicas de conducta produzcan determinados efectos normativos previstos por el sistema.

Esas reglas de responsabilidad a las que se ha hecho mención en el párrafo inmediatamente anterior, se estructuran, en opinión de *Larrañaga*, a partir de los siguientes tres criterios: 1) condiciones mentales o psicológicas; 2) condiciones relativas a la conexión causal entre el agente y el ilícito y 3) la relación del agente con el sujeto sancionable.

A partir de la combinación de estos criterios los sistemas jurídicos construyen los distintos sistemas de responsabilidad. La elección de uno u otro sistema es una cuestión de política legislativa que dependen de los principios que regulan los distintos sectores de ordenamientos jurídicos particulares, relativos, por ejemplo, a los límites morales para la imposición de sanciones o a los objetivos sociales que se persiguen mediante la imputación de las mismas<sup>95</sup>.

Dentro de este contexto, entran pues a interactuar las nociones de sistema y responsabilidad para denotar los efectos que a continuación se pasan a describir.

### 2.2.1.3 Sentido y alcance de un: “sistema de responsabilidad”.

Habiendo analizado, como se hizo, los elementos que componen la noción bajo examen, podemos señalar que por sistema de responsabilidad se puede entender aquel *conjunto de principios y reglas organizadas coherentemente con el propósito de establecer las condiciones requeridas para la imposición de una sanción jurídica*.

Como se dijo, esos principios y reglas que determinan las condiciones para la imposición de la sanción se estructuran a partir de los tres elementos relativos a la capacidad, relación causal y relación entre el agente y la persona imputada, estando estos presentes en cada una de las definiciones de los sistemas de responsabilidad.

*Larrañaga* efectúa una magistral síntesis de lo dicho al plantear los

---

95 Vid. LARRAÑAGA, Pablo. *El Concepto de Responsabilidad*. México: Fontamara, 2000. pp. 184 – 185.



elementos esenciales que habría de reunir un sistema de responsabilidad coherente con lo propuesto, observemos:

### 1. Definición:

Un enunciado de la forma: "Dado que X es responsable de Y, X debe ser sancionado" es verdadero si, y sólo si, se satisfacen las siguientes condiciones:

- a) Existe un sistema jurídico (SJ);
- b) Algunas normas del sistema jurídico (SJ) (normas de conducta) establecen que a una conducta Y y/o a la producción de un estado de cosas (Y) corresponde la sanción (S);
- c) Algunas normas del sistema jurídico (SJ) establecen que para ser sancionado el sujeto X por dar lugar a Y deben darse, entre otras, al menos las siguientes condiciones de responsabilidad (CR):
  - i) X debe poseer ciertas capacidades psicológicas que le permitan conformar su conducta a las reglas de conducta;
  - ii) Entre Y y una acción de X debe haber una relación causalmente suficiente.
  - iii) X debe haber dado lugar a Y o debe haber alguna relación especial entre X y el agente que haya dado lugar a Y;
- d) Es el caso que X, o un agente con el que X tiene una relación especial, ha dado lugar a Y en las condiciones de responsabilidad (CR).

2. Las expresiones del tipo "Dado que X es responsable de Y, X debe ser sancionado" se utilizan para determinar si una persona cumple o no con una de las condiciones necesarias que requiere el sistema jurídico (SJ) para ser pasible de la sanción<sup>96</sup>.

Vemos entonces, concluye *Larrañaga*, que en las distintas declaraciones de responsabilidad jurídica tiene que demostrarse la existencia de una combinación de elementos según las normas que definen el sistema de

---

96 *Ibíd.* p.178.



responsabilidad de la que se trate<sup>97</sup>; sistema que servirá de base para la formulación y realización posterior del juicio de responsabilidad.

Por consiguiente, es necesario evidenciar la relación condicional existente entre un sistema de responsabilidad y un juicio de responsabilidad (pues el primero existe esencialmente para fundamentar el segundo y el segundo es la consecuencia lógica y práctica del primero).

Para su entendimiento, diremos, en primer lugar, que un juicio de responsabilidad es el resultado de subsumir un hecho particular en una norma de conducta general. Así, un juicio será correcto o justificado si dicha subsunción satisface las reglas de responsabilidad que establece el sistema normativo en relación con la norma de conducta de que se trate<sup>98</sup>.

De esta forma, apunta el profesor mexicano, los juicios de responsabilidad pueden interpretarse en tres formas distintas: como expresión de una valoración de un agente o de una conducta; como reglas de conducta particulares, en el sentido de que deben imputarse las consecuencias normativas al agente, y como una variable débil de la anterior, como enunciado que afirma que un agente es susceptible de ser sancionado.

Tomando en cuenta lo que se ha dicho anteriormente, un juicio de responsabilidad puede rechazarse negando cualquiera de los elementos del juicio, esto es, negando el hecho particular – acción o estado de cosas cuya existencia se reputan al sujeto del juicio-; afirmando que la norma de conducta no es aplicable al caso, o bien, afirmando que, aunque el hecho que se imputa y la norma es aplicable al caso, no se satisface alguna regla de responsabilidad.

Cuando se rechaza un juicio de responsabilidad negando la existencia del hecho particular pueden hacerse dos cosas: afirmar que tal estado de cosas no existe, por ejemplo, si al imputarse un asesinato se demuestra que la persona está viva y, afirmar, que aunque el hecho existe, no está relacionado con el sujeto del juicio de manera que satisfaga la noción de agente requerida para la imputación.

Cuando para rechazar un juicio de responsabilidad se niega que una regla

---

97 *Ibíd.* pp. 188 – 189.

98 *Ibíd.* p. 200.



de conducta es aplicable al caso se aduce una *justificación*: se afirma que la conducta realizada no es ilícita ya que, aunque así haya sido descrita en la norma de conducta que sirve como base al juicio, existen normas superiores cuya caracterización de la conducta no es compatible con la norma en cuestión. En otras palabras, se afirma que el juicio no es válido porque hay una excepción a la norma de conducta y, por tanto, no se ha violado el sistema normativo.

En los casos en lo que para invalidar un juicio de responsabilidad se afirma que no se han satisfecho las reglas de responsabilidad se aduce una *excusa*. Las excusas hacen referencia a los presupuestos de la función directiva de las normas. Por consiguiente, pueden referirse a dos cuestiones: a la capacidad de entender lo ordenado por la norma y la posibilidad de guiar la conducta por la norma, y a la capacidad objetiva – empírica- de realizar la acción que es contenido de la norma o de iniciar la cadena causal requerida para el cumplimiento de la norma<sup>99</sup>.

Sin verificar positivamente un juicio de responsabilidad, de acuerdo al sistema de responsabilidad que se hubiere diseñado, no podrá haber entonces sanción.

De allí que resulte imperioso contar con un sistema de responsabilidad diseñado técnicamente, para garantizar que los daños ocasionados por los sujetos de derecho sean resarcidos conforme a los principios que plantea un orden jurídico enmarcado en los valores de la sociedad democrática.

### **2.3 Aproximación a la estructura del sistema de responsabilidad estatal.**

En primer término, y en consonancia con lo dicho por el profesor *Gregorio Robles*, debemos partir de entender que un sistema es el resultado de la elaboración doctrinal o científica del texto bruto del ordenamiento. A su decir, el sistema implica la ordenación del material jurídico y su interpretación, lo cual se evidencia en la presentación del Derecho de una manera conceptualmente depurada, libre de contradicciones y de ambigüedades<sup>100</sup>.

---

99 *Ibíd.* p. 201.

100 ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho- Volumen 1.* Madrid: Civitas, 2010. p. 142.



Sin más, lo anterior constituye uno de los principales propósitos del presente ejercicio académico, pues al querer formular el análisis de la responsabilidad del Estado desde una perspectiva sistemática, dicho esfuerzo sólo puede ser efectivo en la medida en que se logre fehacientemente la ordenación del material bruto que sobre el tema pulula en nuestra teoría y práctica jurídica y sobre lo cual ha manifestado su preocupación el especialista colombiano en la materia *Luis Felipe Botero Aristizábal*, pues a su decir, ciertamente es evidente que sobre el tema de la responsabilidad del Estado se han dado importantes avances, sobre todo en el tema de la delimitación del daño antijurídico como eje central de la misma; sin embargo, señala el jurista referido:

La solidez de estas conclusiones sin embargo, no esconden la falta de sistematización de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, lo que impide evaluar con certeza su eficacia y efectividad, ya que la jurisprudencia sigue siendo la rectora de los “casos de responsabilidad” y la noción de daño antijurídico, al margen de un principio de imputación, sigue siendo insuficiente para declarar la responsable al Estado.

Esa falta de sistematización parece diluirse con la uniformidad provista por la frase de estilo de nuestras providencias constitucionales y contencioso administrativas, cuando señalan que el daño antijurídico es todo perjuicio que no se tiene el deber de soportar [...] <sup>101</sup>

Visto lo anterior, resulta manifiesta la necesidad que se tiene dentro de la comunidad jurídica nacional que se ofrezca un propuesta sistematizadora de la responsabilidad del Estado y ello es precisamente uno de los principales propósitos del presente trabajo.

Pues bien, comenzaremos el recorrido en pro de tal objetivo, partiendo de la clasificación del sistema en dos considerables componentes ya que, de acuerdo con *Gordillo*, en sus más grandes líneas la Responsabilidad del Estado puede clasificarse en contractual y extracontractual <sup>102</sup>; distinción que, en criterio de *Cassagne*, no está en la fuente de la responsabilidad sino en el vínculo <sup>103</sup> que existe entre el perjudicado y el Estado, pues como

101 Cfr. BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. op. cit. pp. 92 – 93.

102 GORDILLO, Agustín. Teoría General del Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984. p. 780 – 781.

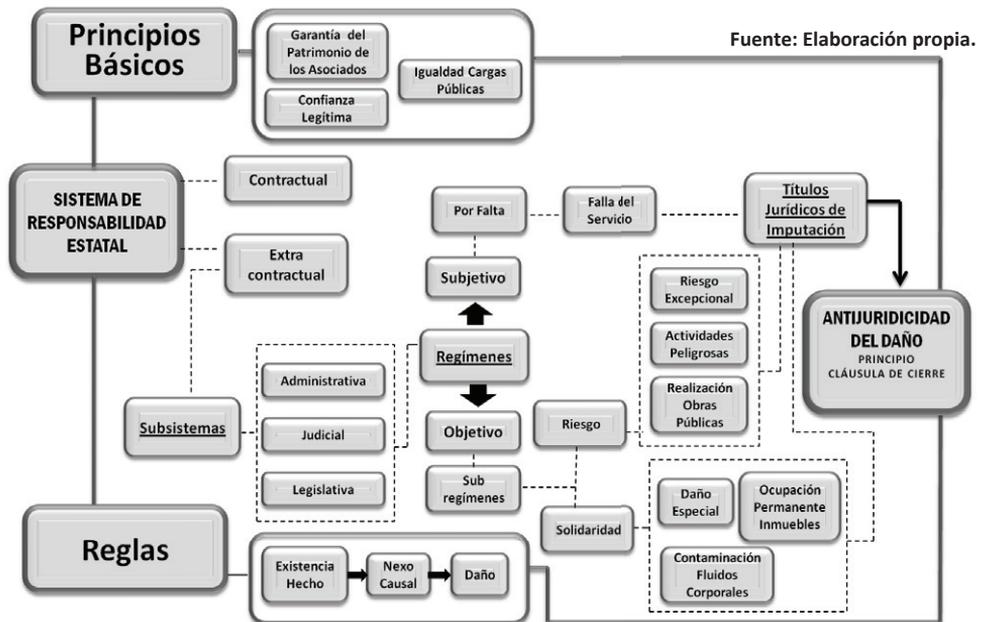
103 CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Abelledo Perrot, 2009. p. 468.



bien se sabe entre estos puede existir una relación enmarcada dentro de un pacto o convenio jurídico,<sup>104</sup> o perfectamente, la lesión o deterioro del haber jurídico de una persona puede ser generada por fuera de cualquier vínculo contractual.

Después de efectuar tal precisión, y ante el evidente hecho de que el tipo de responsabilidad que constituye el objeto principal de la presente investigación, esto es, la responsabilidad del legislador, se ubica dentro de la llamada responsabilidad extracontractual, nos centraremos en esta última y pasaremos a explicar la forma en que la misma se estructura

de manera sistemática, utilizando como carta de navegación la siguiente representación gráfica:



104 Vid. RICO PUERTA, Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá: Leyer, 2009. p. 1036. Sobre el tema de la responsabilidad contractual anota el autor lo siguiente: “En materia contractual, la lesión debe referirse, no sólo a los derechos y deberes de las entidades y los contratistas, sino también a los fines del Contrato Estatal, los principios que lo regulan y los criterios de interpretación. No obstante, la determinación de la antijuridicidad no puede cumplirse aisladamente sino dentro del marco de la bilateralidad de obligaciones y derechos, puesto que es allí donde radica la onerosidad del Contrato Estatal y deriva la potencialidad del deterioro patrimonial [...]”



### 2.3.1 Los principios, primer componente del sistema de responsabilidad estatal.

Es reconocido, de acuerdo con el profesor *Gil Botero*, que todo ordenamiento está compuesto por dos clases de normas: los principios y las reglas. Unos y otras se distinguen con base en criterios cualitativos, sustanciales y materiales o de fondo.

Así, y desde el punto de vista constitucional, todos los principios son independientes de las ramas jurídicas a que pertenecieran, pues tienen un carácter imperativo que los hace fundamentales<sup>105</sup>, de allí que sean constitutivos del ordenamiento jurídico; es así como los principios por tener ese carácter deben ser observados, y estos no son sólo los que se encuentran en la carta política, sino todos aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad como lo dispone en artículo 94 de la misma.

Los principios, agrega este jurista colombiano, tienen una doble naturaleza: axiológica y deontológica, toda vez que el deber ser (lo deontológico) comporta un valor (lo axiológico)<sup>106</sup>.

Por lo dicho, y de la mano de *Allexy*, podemos decir que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, agrega el maestro alemán, las reglas son normas que exigen

---

105 Sobre el carácter fundamental de los principios Vid. BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, GASCÓN ABELLÁN, Marina, DE PARAMO ARGUELLES, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis. Lecciones de Teoría del Derecho. Madrid: McGraw – Hill, 1997. p. 341. Sobre el tema se anota en la obra lo siguiente: “Los principios como normas fundamentales, ya sea del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya de algún sector normativo; como escribe Wroblewski, ‘son calificados como principios las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica o en el acto normativo (por ejemplo, en una ley) o en el sistema jurídico entero’. Así pues, parece que una norma es fundamental y por tanto un principio, cuando, de faltar, cambiaría el carácter de una institución o de todo el Derecho: la consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo”.

106 GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2010. p. 43.



un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible, fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello, no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida de lo posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla, puntualiza Alexy<sup>107</sup>.

Por eso, en términos de *Peces – Barba*, cuando hablamos de principios del sistema, nos estamos refiriendo a unas normas que por su carácter más abstracto y general, unifican, identifican e integran, en el sistema y en el conjunto de subsistemas que lo forman, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas, más parciales o sectoriales<sup>108</sup>.

Clarificado lo anterior, conviene entonces preguntarnos, como primera medida, ¿cuáles son esos principios que determinan la estructura y funcionamiento del sistema de responsabilidad estatal en el marco del Estado Social de Derecho y puntualmente en el caso colombiano?

Pues bien, consideramos de capital importancia comenzar la reflexión propia de este apartado fundamentándonos en el análisis efectuado por el profesor argentino *Agustín Gordillo*, para quien “el punto de análisis de la Responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de responsabilidad civil del derecho privado<sup>109</sup>”.

En efecto, de acuerdo con este tratadista del sur del continente, los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil<sup>110</sup>, estén o no vigentes en el presente, no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la actuación del Estado se refiere, habida cuenta de la especialidad con la que ha venido evolucionando la regulación de la materia.

Como presupuesto, para erigir cualquier sistema de responsabilidad del

107 ALEXY, Robert. Derecho y Razón Práctica. México, D.F.: Fontamara, 2002. pp. 14-15.

108 PECES – BARABA MARTINEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 251.

109 GORDILLO, Agustín. Teoría General del Derecho Administrativo. op. cit. p. 779.

110 Se refiere el autor a los siguientes elementos de la Responsabilidad Civil: a) daño material, pecuniariamente apreciable; b) ilegítimamente ocasionado (antijuridicidad), con c) dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió. *Ibid.* p. 778.



Estado, considera el maestro *Gordillo* que debemos suponer, en sentido amplio, y como base de todo, que ella existirá toda vez que una persona, que ha sufrido un daño - material o moral-, causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él.

Claro está que la mera enunciación de esta base del sistema no puede en modo alguno ser suficiente para la comprensión integral del asunto. No. Se requiere para tales efectos explorar el plano doctrinal y el jurisprudencial de las altas Cortes de justicia de la nación, para identificar cuales son los componentes principalísticos que determinan el meollo del tema.

Y al efectuar la actividad investigativa planteada encontramos, por lo menos, la presencia constante de cuatro principios -clasificados en dos tipos- que se han erigido como referentes obligatorios al momento del análisis de la responsabilidad del Estado. Un primer bloque, conformado por unos principios que llamaremos básicos que son: 1) *Garantía del Patrimonio de los asociados*, 2) *Confianza Legítima o buena fe*, 3) *Igualdad o equilibrio de las cargas públicas*; y un segundo tipo, conformado por un principio que, a su vez, constituye la cláusula de cierre del mismo: 4) el de *Antijuridicidad del daño*.

Pasemos a continuación a su observación expedita a efectos de entender su conceptualización.

### 2.3.1.1 Garantía del Patrimonio de los asociados.

Este principio, instituido a partir del reconocimiento y protección de la propiedad privada efectuado por la Constitución colombiana en el artículo 58, y complementado por los artículos 2 y 13, es aquel en virtud del cual cualquier acción, en nuestro caso del Estado, que genere daños a los ciudadanos en su haber material, derivados de su funcionamiento, debe dar lugar al resarcimiento efectivo de los mismos<sup>111</sup>.

En este sentido, hemos de resaltar el importante avance que se ha dado en la literatura jurídica y en la jurisprudencia misma respecto de la concepción del daño en el marco de la responsabilidad estatal, especialmente en lo que atiende a su reparación, pues modernamente, deja de verse como un mero mecanismo sancionatorio y pasa a convertirse en lo que el

---

111 Vid. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas – Ramón. op. cit. p. 344.



profesor *García de Enterría* llama un principio abstracto de garantía de los patrimonios<sup>112</sup>.

En efecto, reconociendo el principio examinado, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que:

“La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial, y se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad<sup>113</sup>”

Aspectos que, en idénticos términos, fueron reproducidos y ampliados en posterior jurisprudencia<sup>114</sup>, indicando lo siguiente:

La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado in extenso por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos del mismo ordenamiento Superior que, por un lado, le imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles<sup>115</sup>.

Nótese pues la trascendencia de un principio como este que a todas luces desarrolla el postulado fundamental del respeto por la dignidad del ser humano, base, a su vez, del modelo político jurídico fijado a partir de la implementación del Estado Social de Derecho y que, desde luego, debe operar objetivamente cuando exista una lesión o menoscabo sobre un sujeto de derechos no obligado normativamente a asumir dicho perjuicio, independientemente de la licitud con que se haya obrado sobre él<sup>116</sup>, esto

112 GÓMEZ POSADA, José Fernando. op. cit. p.43.

113 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

114 *Ibíd.* Sentencias C-428 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-619 de 2002. MP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

115 *Ibíd.* Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

116 GÓMEZ POSADA, José Fernando. *ibíd.*



es, siempre que se acredite la existencia de un daño antijurídico.

### 2.3.1.2 Confianza Legítima.

Antes de proceder con el desarrollo conceptual de este principio, habremos de precisar que el mismo surge de la conjunción de dos principios: el de buena fe y el de seguridad jurídica<sup>117</sup>.

Y sucede así por que de acuerdo con la Real Academia Española, de un lado, la confianza, en las relaciones bilaterales, hace referencia al comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte<sup>118</sup>, y de otro lado, el concepto de legitimidad hace alusión a la cualidad de legítimo, es decir, a aquello ajustado a razón o derecho<sup>119</sup>, a lo lícito; lo que de suyo involucra una sincronía exacta entre los dos principios mencionados en el párrafo precedente.

De hecho, en armonía con lo expresado, la Corte Constitucional colombiana, al referirse al tema ha observado que:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este principio “se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse.”<sup>120</sup>

En este sentido, agrega el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional colombiana, el principio de confianza legítima se constituye como una proyección de la consagración en nuestra Carta Política del principio de la buena fe estipulado en el artículo 83 de la misma y que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares.

Por lo cual se entiende que en virtud del principio de confianza legítima el administrado, que no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades, tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio

117 Vid. RAMOS HUERTAS, Rocío. op. cit. p. 117.

118 Vid. Real Academia Española. op. cit.

119 Cfr. OSSORIO, Manuel. op. cit. p. 421.

120 Cfr. Sentencia SU-360 de 1999, fundamento jurídico 5.



súbito de la misma altera de manera sensible su situación, razón por la cual el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación, conciliando el conflicto de intereses público y privado.

La buena fe, lo ha dicho la Corporación citada, constituye un principio general de derecho a través del cual se integra el ordenamiento jurídico con el valor ético de la mutua confianza, de manera que sea ésta la regla de conducta a la que deben acogerse en forma recíproca los sujetos de una relación jurídica, no solo en el ejercicio de sus derechos sino también en el cumplimiento de sus obligaciones. En éste sentido, la buena fe, como fuente de derechos y obligaciones, le impone tanto a las autoridades públicas como a los particulares, "el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad"<sup>121</sup>".

En conclusión, y de acuerdo con la Corte:

La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados<sup>122</sup>.

Es decir, el principio de buena fe, de donde se deriva en un primer término la directriz de la confianza legítima, se erige como un límite al ejercicio del poder público.

De otro lado, y como se dijo al iniciar el desarrollo del presente apartado, no es sólo la buena fe el único componente del principio de confianza legítima. En efecto, a la par de aquel aparece el principio de seguridad jurídica como pilar de su levantamiento.

Por *seguridad jurídica* habremos de entender aquel referente deontológico a partir del cual se determina que en su estructura y funcionamiento le corresponde al derecho establecer y delimitar el

121 Ibid. Sentencia C-428 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

122 Ibid. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos se desenvuelven sabiendo con certeza a que atenerse en relación con sus derechos y deberes<sup>123</sup>.

De hecho, en desarrollo de dicho principio, la Constitución colombiana garantiza expresamente la protección de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes y prohíbe que estos sean desconocidos por leyes posteriores<sup>124</sup>, es decir, el orden constitucional establece que los ciudadanos podrán tener la plena certeza de que los derechos legítimamente adquiridos no podrán ser desconocidos con leyes posteriores.

Sin embargo, tal como lo señala el maestro mexicano *García Máynez*, algunos autores afirman que la regla de la no retroactividad sólo vale para el juez, no para el legislador. De acuerdo con este punto de vista, el autor de la ley estaría siempre facultado para ordenar que un precepto se aplique a hechos jurídicos pretéritos, estableciendo de este modo excepciones al principio general –de la irretroactividad de la ley–.

Empero, esta tesis, comenta el ilustre profesor centro americano, no puede ser aceptada por nosotros en los mismos términos de los autores europeos que la han formulado, porque la regla de la no retroactividad constituye en nuestro Derecho una garantía individual. En estas condiciones, es indiscutible que no vale sólo para jueces, sino también para el legislador ordinario<sup>125</sup>, puesto que es sólo desde esta perspectiva que se puede desarrollar uno de los más trascendentales fines funcionales del Derecho que, en palabras de *Monroy Cabra*<sup>126</sup> podría resumirse en dar certeza y seguridad a la existencia humana.

### 2.3.1.3 Igualdad o equilibrio de las cargas públicas.

A partir de este principio se entiende que las cargas u obligaciones imponibles y requeridas para lograr la satisfacción de los intereses

---

123 Vid. Al respecto, el análisis efectuado sobre el concepto de seguridad jurídica basado en las reflexiones del profesor Alias Díaz, en: CASIMIGLIA, Alberto. Introducción a la Ciencia Jurídica. Barcelona: Ariel, 1986. p. 141.

124 Cfr. República de Colombia. Constitución Política. Artículo 58.

125 Vid. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1980. p. 400.

126 Vid. MONROY CABRA, Marco. Introducción al Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2001. p.65. Tarea que cumple el Derecho a través del establecimiento previo de las reglas de juego a las que están sometidos los ciudadanos en sus relaciones sociales y económicas, de tal manera que no se vean sorprendidos con disposiciones que pretendan regular su comportamiento sin el cumplimiento de estos requisitos – de anterioridad y conocimiento de las regulaciones-.



colectivos o comunitarios, no deben recaer sobre uno o más individuos determinados, sino que deben repartirse equitativamente entre todos los integrantes de la colectividad<sup>127</sup>.

Esto, sin más, es entendido como el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual puede, según *García Forero*, romperse ora con ocasión de una falla del servicio, ora como consecuencia del actuar impoluto o lícito del Estado<sup>128</sup>.

En virtud de lo expresado, y según *Paillet*, un administrado deberá ser indemnizado siempre que se logre establecer que, derivado de la acción u omisión del Estado, ha sufrido un perjuicio anormal y especial.<sup>129</sup>

A decir del autor galo, esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual sólo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable de la que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance se vea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que *no constituya una carga que incumbe normalmente al interesado*<sup>130</sup>

Este principio ha sido recogido íntegramente en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, y explicado claramente en la jurisprudencia nacional, en la siguiente forma:

[...] cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y dañe a alguien en forma excepcional en su vida, honra y bienes le está imponiendo a este una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente

[...] En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas excedan las conveniencias generales y normales, el estado estará obligado a ese resarcimiento a nombre de todos, para así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido [...]<sup>131</sup>

127 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

128 Vid. GARCÍA FORERO, Fernando. op. cit. p. 116.

129 PAILLET, Michel. op. cit. pp. 220.

130 Ibíd. p. 221.

131 Ibíd. Sentencia del veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991). Radicación núme-



Resulta evidente que el mismo no es otra cosa que el desarrollo de la afirmación doctrinaria y jurisprudencial de que *todas las personas nacen libres y iguales ante la ley*, de donde, a su vez, surgen 1) el principio de igualdad en virtud del cual se entiende que todas las personas deben recibir la misma protección y tratamiento de la autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación<sup>132</sup>, y 2) la igualdad como valor fundante, contenido en el preámbulo, lo que implica la imposición de un componente que opera como pauta interpretativa obligatoria<sup>133</sup> y que permea todo el ordenamiento jurídico, erigiéndose por tanto como una base fundamental del sistema de responsabilidad estatal.

Así, aparece entonces el principio de igualdad ante la ley - que es por excelencia el instrumento para imponer las cargas públicas - y derivado de ello el derecho a recibir el mismo trato de las autoridades, mismo que, de una impecable manera es abordado por el profesor PECES – BARBA<sup>134</sup>, quien en su obra referida a los derechos fundamentales, indica que este principio es un ejemplo de la influencia de la seguridad jurídica como fundamento de los derechos.

Agrega el filósofo español, que la seguridad jurídica es una garantía que tiene el ciudadano frente al poder, que lo protege de manifestaciones caprichosas de la voluntad de quien ostenta la facultad de decidir asuntos que afectan los intereses de los asociados. En definitiva, este valor, el de la seguridad jurídica, que como se vio proviene de la igualdad, atañe esencialmente a la legitimidad del ejercicio del poder.

En efecto, el autor citado explica lo dicho en los siguientes términos:

Este es el supuesto de la juridificación de la legitimidad de ejercicio, y desarrolla la respuesta a la pregunta ¿cómo se manda?, es decir, la existencia de procedimientos generales y previos para la formación de la voluntad del poder, establecidos por la Constitución y la Ley, es decir, también en el marco de una consideración del Derecho como sistema. Frente al modelo de gobierno de los hombres, donde sólo se responde a la pregunta ¿quién manda?, y donde no tiene sentido la pregunta ¿cómo se manda?, es el modelo del gobierno de las leyes donde las dos

---

ro: 6110. Consejero ponente: Policarpo Castillo Davila.

132 Vid. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis, 2010. p. 332.

133 Vid. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus Reformas. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. p. 180.

134 PECES – BARABA MARTINEZ, Gregorio. op. cit. p. 251.



preguntas y las dos respuestas tienen sentido y son complementarias.

La seguridad no deriva sólo de identificar al órgano con poder para crear normas (Parlamento, Gobierno, Jueces, Funcionarios y Órganos no estatales delegados, como los particulares o los colectivos de los trabajadores y empresarios), sino también de los cauces o reglas de procedimiento necesarios para que esas normas sean válidas (procedimientos de creación normativa) o para que las actuaciones de los operadores jurídicos se sujeten a un procedimiento preestablecido que garantice el igual tratamiento de ciudadanos y otros, sometidos a un determinado ordenamiento jurídico (procedimiento de actuación de los operadores jurídicos)<sup>135</sup>

Desde esta óptica, la igualdad ante la Ley es, como igualdad reguladora del ordenamiento jurídico una dimensión del valor seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a que atenerse, se articula en lo que nos concierne como derecho fundamental a la seguridad jurídica, y como otros derechos denominados garantías procesales<sup>136</sup>.

Es el supuesto de la igualdad como generalización, el que expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto *homo iuridicus*, que es el hombre y el ciudadano, o en su caso, cuando el supuesto de hecho de la norma se acote porque no todos pueden estar en la situación de que se trata, si son compradores o padres de familia, que abarque a todos los que se encuentran en esa situación, y regule la consecuencia jurídica de manera igual.

En segundo lugar, agrega el profesor *Peces – Barba*, otra exigencia de la seguridad jurídica es la llamada *igualdad de procedimiento o igualdad procesal*, que supone la existencia de un mismo procedimiento para todos, de unas reglas generales, previas e imparciales para resolver los conflictos, para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos competentes para resolver, con independencia de las personas o de los intereses que estén en juego en cada caso.

La tercera dimensión de la igualdad ante la Ley, se añade, la podríamos definir como igualdad de trato formal, que no supone el mantenimiento de la vieja regla de que “hay que tratar igualmente a los iguales y desigualmente

---

135 Ibid. p. 250.

136 Ibid. p. 284.



a los desiguales”, sino un planteamiento más complejo que comprende además lo que podríamos llamar la igualdad como equiparación y como diferenciación.

La igualdad de trato formal con carácter general, supone, pues: “que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales<sup>137</sup>”.

Y en nuestro país, la Corte Constitucional, consciente de la importancia de garantizar la igualdad en el marco de las relaciones entre el los órganos del poder público y el ciudadano, en abundante jurisprudencia, ha abordado el estudio del derecho a la igualdad, entendido éste no como un concepto absoluto, sino como una condición en la que intervienen una serie de factores que determinan un grado de homogeneidad o un grado de diferencia que permiten evaluar si el derecho en sí ha sido vulnerado, o si por el contrario, sencillamente no es predicable dadas las diferencias existentes entre los comparados.

En orden a esto, como afirmó esta Corporación, debe aplicarse dentro del estudio de ese derecho el “... principio constitucional de la igualdad, en su variante del trato desigual a los desiguales, que incluye la prohibición de tratar igual a los desiguales”

Este enunciado genérico, itera el Tribunal de lo Constitucional, puede ser desdoblado en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)<sup>138</sup>.

El constitucionalista Manuel José Cepeda, efectuando un análisis juicioso del principio a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución

---

137 Ibid. p. 285.

138 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-826 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.



Política de Colombia, corrobora lo aquí enunciado, al indicar que en su primer elemento, el artículo establece que todas las personas “nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades”.

En efecto, a criterio del autor, el artículo reúne en una misma frase tres conceptos distintos pero complementarios de la igualdad: la igualdad ante la ley, la protección igual por parte de las autoridades y la igualdad de trato. Cuando se habla de igualdad ante la ley, estamos ante una concepción puramente formal, procedimental, según la cual todas las leyes se aplican por igual a todos y nadie puede invocar privilegios para solicitar que una ley no sea aplicada. Es un aspecto importante, pero su alcance es limitado porque no pretende cuestionar la ley que será aplicada, sino tan solo que esta sea aplicada a todos, cualquiera sea su contenido.

De otro lado, ahora ocupándose de la igualdad de trato, el mismo autor a renglón seguido indica que esta se refiere también a un aspecto sustancial de la igualdad y es complementario de la igualdad en la protección recibida de las autoridades, precisando que lo que busca es que no se establezcan clasificaciones que no sea razonables, objetivas y fundadas en fines legítimos, teniendo en cuenta siempre la realidad.

Esta igualdad de trato hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuales criterios de clasificación son admisibles, cuales pueden ser usados bajo algunas condiciones especiales y cuales están absolutamente descartados. La igualdad de trato también debe ser respetada por autoridades no legislativas. Mientras que la igualdad en el trato hace énfasis en la manera como la autoridad diseñó y orientó una determinada decisión, la igualdad en la protección se preocupa además por los resultados de la decisión.

Ciertamente, y esto debe ser resaltado para el caso en análisis, las decisiones de los órganos de poder en el marco de un Estado de Derecho comprometido con el respeto por la igualdad, no pueden ser el resultado de la voluntad caprichosa de quien ostenta la dignidad.

Mínimamente, tales decisiones deben obedecer a una doctrina que se constituya en referente objetivo y útil para decidir casos concretos. Pero sobre todo una doctrina que preserve la fuerza que la constitución



pretende desplegar para cambiar el país y ajustar la realidad a los valores enaltecidos por el consenso constituyente, sostiene el profesor *Cepeda*<sup>139</sup>.

#### 2.3.1.4 Antijuridicidad del daño.

De acuerdo con la Corte Constitucional Colombiana, el nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar<sup>140</sup>.

En este orden de ideas, y en línea con lo dicho por parte del Consejo de Estado, es evidente que el sistema de responsabilidad patrio descansa en el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, pues sobre él - en tanto afecta a la víctima - se edifica la responsabilidad del Estado con la condición de que le sea imputable.

El daño, señala el Consejo de Estado, en su sentido natural y obvio es un hecho consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc. y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo.

De otro lado, la calificación de antijurídico del daño, en palabras del supremo tribunal contencioso administrativo, se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación, tema que lo aborda el órgano judicial fundamentándose en *García de Enterría*, expresando lo siguiente:

[...] La calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta

139 CEPEDA E., Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1992. p. 87.

140 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.

Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento<sup>141</sup>

Las anteriores argumentaciones, nos sirven pues de fundamento para catalogar a este principio, a su vez, como cláusula de cierre del sistema de responsabilidad, o como lo llaman en la doctrina española: norma o principio de clausura; es decir, entendiéndola como una directriz que sirve como criterio material para la unidad y coherencia del sistema<sup>142</sup>, que excluye todo supuesto de lagunas por omisión de regulación<sup>143</sup> permitiendo al operador jurídico, cuando no le queda otro recurso, acudir a él como criterio último de interpretación y solución de un caso sometido a su conocimiento, pues se trata, según *C. Alchourrón y E. Bulygin*, de “una regla que calificaría deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión<sup>144</sup>”.

Para profundizar en el entendimiento de la figura analizada, es preciso señalar que de acuerdo con los autores argentinos en cita, una regla de clausura, para serlo, debe cumplir con las siguientes condiciones de adecuación:

- a) Tiene que clausurar el sistema, es decir hacerlo completo con respecto a cualquier universo de casos y cualquier universo de acciones.

---

141 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de enero de 2000. Radicación número. 10867. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Es de anotar, adicionalmente, que *Botero Aristizábal*, examinando en su obra la sentencia que aquí se cita, construye un concepto de daño antijurídico basado en esta pieza jurisprudencial e indica que por tal se puede entender: “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación”. Vid. *BOTERO ARISTIZÁBAL*, Luis Felipe. op. cit. p. 105.

142 Vid. Sobre la conceptualización de norma de clausura lo dicho por *PECES-BARBA*, Gregorio, op. cit. p. 364.

143 Vid. *CATENACCI*, Imerio Jorge. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006. p. 248.

144 *ALCHOURRÓN*, Carlos y *BULYGIN*, Eugenio. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970. p. 190.



- b) Tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir, no introducir nuevas incoherencias, de tal manera que si el sistema originario es coherente, también debe serlo el sistema que resulte de agregarle la regla de clausura<sup>145</sup>.

Significa lo anterior que la antijuridicidad del daño aparece como criterio preferente en la actividad de formulación legislativa, hermenéutica y de aplicación del sistema de responsabilidad del Estado y que cualquier duda que en tales procedimientos se presente deberá ser resuelta desde la óptica de su operatividad, lo que equivale a señalar que, sin antijuridicidad, el daño provocado por la acción u omisión del Estado no traerá consecuencia negativa alguna para éste. O lo que es lo mismo, como principio de clausura equivaldría a la siguiente formulación: *sin antijuridicidad en el daño, no hay responsabilidad*.

Ante el panorama anterior, sólo cabe entonces cuestionarnos sobre lo siguiente: ¿y cómo es posible que un principio sea, a la vez, cláusula de cierre de un sistema?

La respuesta es clara: pues si los principios, según *Comanducci*, se erigen sobre la base de una elección valorativa para las fases de producción del derecho, aplicación del derecho o bien, en el razonamiento jurídico<sup>146</sup>, nada obsta para considerar que un principio, en nuestro caso el de antijuridicidad del daño, se eleve como cláusula de cierre del sistema<sup>147</sup> debido, precisamente, a que el mismo constitucionalmente se ha establecido como condición *sine qua non*, para la aplicación de la consecuencia jurídica – indemnización- que impone el ordenamiento al Estado cuando a través de la acción u omisión de las autoridades públicas se altera negativamente un estado de cosas existente, esto es, se causa un detrimento o perjuicio en el haber jurídico de una persona<sup>148</sup>.

Habiendo hecho claridad sobre la posición que el principio de antijuridicidad del daño ocupa dentro del sistema, el paso siguiente consiste en determinar con suficiencia en qué situaciones una persona no se encuentra en la

145 *Ibíd.*

146 COMANDUCCI, Paolo. Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho. *En*: Doxa. Revista de la Universidad de Alicante. Alicante (España). Número 21. Volumen II. 1998. p. 95.

147 Vid. PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. op. cit. p. 207. De hecho el maestro español Prieto Sanchis los considera en su obra que los principios generales del Derecho son, en sí mismos, los que cierran “por completo el sistema jurídico, sin lagunas ni fisuras.”

148 Vid. Al respecto el tantas veces citado artículo 90 Constitucional.



obligación jurídica de soportar un daño que sobre su haber se concrete. Es decir, cuando el daño es antijurídico.

Al respecto, dos han sido los más importantes aportes que el Consejo de Estado, en sendos fallos, ha dado sobre la materia, indicando, en resumen, que para que un daño se considere antijurídico es necesario acreditar, en primer término *el origen lícito del beneficio perdido*<sup>149</sup> y, en segundo lugar, *la buena fe en el desarrollo de la actividad* sobre la cual recae el detrimento por el accionar público<sup>150</sup>.

Nótese pues que estos dos supuestos constituyen sólidos paradigmas de determinación de los eventos en los que una persona se encuentra obligada a soportar un daño causado por el Estado.

En tal sentido, deberán asumir las cargas de los detrimentos aquellos que los padezcan en los supuestos en que el beneficio perdido sea ilícito y además quienes sufran un deterioro sobre una actividad que ha sido desarrollada de mala fe, casos en los cuales el daño, en vez de ser antijurídico, será lícito y por tanto ajeno a la obligación de repararlo.

### *2.3.2 Las reglas como segundo componente del sistema de responsabilidad estatal.*

Como se dijo al comienzo del apartado anterior, se les llama reglas a las normas que contienen determinaciones concretas sobre la forma en que se debe llevar a cabo una actividad. Luego, la responsabilidad, entendida

---

149 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de julio de 2004. Expediente 14565. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández. Al respecto señala el Consejo de Estado lo siguiente: “Así las cosas, no cabe duda de que no está demostrado el origen lícito del beneficio perdido como consecuencia del daño cuya reparación se reclama, esto es, el carácter antijurídico del perjuicio sufrido. [...] Por esta razón, es claro que no se encuentra probado el primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado”.

150 *Ibíd.* Sentencia de 5 de diciembre de 2005. Expediente 12.158. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández. En tal oportunidad precisó el Consejo de Estado que: “La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o **contraria al principio de buena fe** que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares”. Resaltado fuera de texto.



como forma de protección constitucional al patrimonio de los particulares se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al Estado y una relación de causalidad<sup>151</sup>.

Estas son, sin más, las reglas que determinan el funcionamiento del sistema de responsabilidad estatal y que, como se vio *supra*, Larrañaga opta por llamar condiciones de responsabilidad.

En orden lógico<sup>152</sup> podríamos decir que en primer lugar el sistema de responsabilidad estatal exige que 1) se presente un hecho o acción imputable al Estado, 2) que entre el hecho mencionado exista un vínculo o nexo causal suficiente con el siguiente elemento, esto es con 3) el daño que, como se dijo y explicó debe ser antijurídico.

A continuación pasaremos a analizar cada uno de los elementos en mención a efectos de comprender el alcance y papel que juegan en la configuración de un sistema de responsabilidad.

2.3.2.1 Primera regla: para que haya responsabilidad debe existir un hecho atribuible al Estado.

La palabra *hecho* es utilizada para denotar cualquier transformación de la realidad, es decir, es un suceso temporal y espacialmente localizado que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente<sup>153</sup>.

Evidentemente, el hecho humano es, en todo caso, un factor determinante en la estructuración no sólo conceptual, sino también lógico jurídico, de la categoría de responsabilidad.

De ello se percató el destacado autor argentino *Carlos Ghersi*, quien en su obra sobre la teoría general de la reparación de daños, suministra algunas orientaciones trascendentales al momento de aproximarnos al desarrollo investigativo de nuestro problema académico.

---

151 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. op. cit.

152 Vid. GARCÍA FORERO, Fernando Alberto. op. cit. p. 108. Sobre la forma en que debe llevarse a cabo el análisis de las reglas o condiciones de responsabilidad, apunta el jurista citado lo siguiente: "Contrariando el sentir de muchos autores y escasas decisiones jurisprudenciales en tal sentido, en este trabajo se concluye que lo adecuado sí es iniciar el análisis por los hechos, para luego ocuparse del problema de la causalidad y finalmente de la naturaleza del daño mismo, definiendo si es antijurídico o no.

153 CORREA VARGAS, Rodolfo Andrés. Teoría General del Derecho. Medellín: Diké, 2009. p. 279.



De acuerdo con el profesor *Ghersj*, los fenómenos naturales no accionan el Derecho por sí mismos; no se los puede contener en una norma jurídica y menos aún establecerle consecuencias jurídicas (salvo cuando afectan relaciones jurídicas preestablecidas, como el caso de la fuerza mayor).

Sí lo hace, en cambio, el hecho humano – como acción u omisión-. Siguiendo a *Cossio*, el referido autor, indica que la conducta puede manifestarse básicamente en dos situaciones: como interferencia en las relaciones sociales o como coordinación o conductas compartidas de cooperación. De ésta última se ocupa la teoría general del contrato. En cambio, en la primera de las situaciones, el hecho humano produce una interferencia en el ámbito de otro ser humano (por ejemplo en su patrimonio) o de la sociedad misma, y cuando esa interferencia se exterioriza como un resultado dañoso es objeto de estudio por parte de la teoría general de la reparación.

Entonces, continúa explicando el maestro *Ghersj*, podemos decir que no todo hecho humano resulta analizado a la luz de esta teoría, sino sólo aquel que en su interferencia produce un resultado dañoso.

Este hecho humano aparece claramente en las situaciones que podemos denominar apriorísticamente como puras, en donde el propio ser humano con su acción u omisión produce el daño.

Puede también aparecer en forma impura o mediata, cuando el hombre actúa con cosas (objetos, herramientas, máquinas, etc.), ya que la relación directa del resultado aparece establecida con la cosa.

En este sentido, el ser humano puede accionar la cosa por sí mismo (el automotor, el bisturí, el paraguas, etc.), o más confusamente aún, cuando el daño acaece como resultado de la cosa, sin el accionar del hombre (V.gr. Un automotor que está estacionado y por falla en sus frenos se desplaza solo y lesiona a una persona), el dueño, o sea, quien introdujo la cosa en la vida de relación social particularizada, será el autor mediato quien, en definitiva, a través de una doble relación de causalidad, produce el daño. El hecho humano primario está en la compra, alquiler, etc., del automotor y en el estacionarlo, ahora, si la cosa lesiona con su desplazamiento, la *conductividad de condicionalidad*<sup>154</sup>

154 Por conductividad de condicionalidad, podemos entender la necesaria transmisión de las circunstancias sin las cuales el resultado hubiera sido imposible que existiera. No en vano la Real Academia define el término *conductividad* como: “Propiedad que tienen los cuerpos de transmitir el calor o la electricidad”. Y el término *condicionalidad*, que a su vez se deriva del vocablo condición, es entendido como: “Situación o circunstancia



hace que al hecho humano primario se le atribuya la producción del resultado (hecho humano secundario).

En el ámbito de la empresa (para el derecho comercial o el laboral) y el Estado (para el derecho administrativo) aparece una situación similar, precisa *Ghersí*.

En efecto, la conductividad de la condicionalidad nos muestra que un director, un empleado, un tercero contratado, etc., está en relación directa con el acaecimiento del daño y existe así una autoría primaria, pero en el doble juego de relaciones, el resultado dañoso le será causalmente atribuido a la empresa o al Estado, esto es, lo que la teoría del constructivismo denomina la autoría secundaria.

En suma, el hecho humano está siempre presente, en forma directa o indirecta, interfiriendo en las relaciones sociales y causando un resultado dañoso<sup>155</sup>.

Las relaciones humanas, entonces, itera el profesor *Ghersí*, tienen como objetivo la convivencia en paz y el respeto por el ser humano; cuando el hecho del hombre interfiere y genera el resultado dañoso, sólo introduce una situación fáctica.

A este propósito, conviene añadir, que el hecho humano material que altera las relaciones humanas generando resultado dañoso, constituye pues, un requisito estructural en la configuración de la responsabilidad, tal como lo señala el profesor *Jorge Bustamante Alsina* en su obra sobre teoría general de la responsabilidad civil.

En efecto, señala el autor mencionado, que para que a una persona puedan imputársele los efectos dañosos de un acto ilícito o del incumplimiento de una obligación contractual, es necesario que ella sea la causa material de aquel acto o aquel incumplimiento. Es decir que entre el daño producido y el hecho obrado por la persona a quien se le atribuye responsabilidad debe existir una relación de causalidad física o material, cuestión ligada al procedimiento de indagación sobre la autoría material para determinar la relación objetiva que liga el daño a la actividad o inactividad física del sujeto.

---

indispensable para la existencia de otra”

155 Vid. *GHERSI*, Carlos Alberto. *Teoría General de la Reparación de Daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003. p. 57.



Empero, no basta con establecer el nexo de causalidad material, sino que debe aún determinarse la relación de causalidad jurídica mediante la indagación sobre la autoría moral para establecer la responsabilidad por el daño causado<sup>156</sup>. Regla de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente.

2.3.2.2 Segunda regla: es necesario, para que se declare la responsabilidad, que entre el hecho atribuible y el daño producido, exista una relación de causalidad suficiente que vincule al segundo como consecuencia del primero.

De acuerdo con el maestro *Martínez Rave*, como elemento integrante de la responsabilidad de la persona jurídica, el nexo causal es “el vínculo que debe darse entre el hecho y el daño”<sup>157</sup>

Así mismo puntualiza el profesor *Aníbal Torres Vásquez* con su acostumbrada suficiencia indicando que:

[...] para determinar el grado de responsabilidad del obligado es necesario probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo generó. A esto se le conoce como nexo causal, imputabilidad fáctica (*imputatio facti*), vínculo material. Pero hay casos en que las consecuencias se imputan a una persona sin haber sido la causante o autora del hecho dañoso, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad indirecta, en la que no existe una imputabilidad fáctica sino una imputabilidad legal o jurídica; esto indica que puede haber responsabilidad civil sin causalidad, a diferencia de la responsabilidad penal, que no puede existir sin autoría<sup>158</sup>

Es por ello que *García de Enterría* no vacila en afirmar que la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir dicho daño<sup>159</sup>.

Por lo que, a decir del citado, es, pues, necesario en este momento analizar el problema de la relación de causalidad, es decir, precisar los criterios con base en los cuales pueda afirmarse que una determinada actividad es la causa de la lesión patrimonial.

156 Vid. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p.329.

157 MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis, 2003. p. 81.

158 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2001. p. 63

159 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. *op. cit.* p. 385.



Situación nada fácil, pues a decir del catedrático peninsular, el problema está erizado de dificultades, especialmente en aquellos supuestos en que la responsabilidad se configura técnicamente al margen de la noción de culpa, pues en ellos, como el mecanismo de la imputación se simplifica al hacerse descansar sobre la mera titularidad de la empresa, servicio o actividad, o en la idea del riesgo creado, surge para los jueces, que se ven privados de la posibilidad de apoyarse en la conducta del demandado para desestimar las acciones que se consideran inoportunas, la tentación de negar la existencia de un vínculo causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el reclamante<sup>160</sup>.

Corolario de lo dicho, múltiples han sido las teorías formuladas para tratar de explicar la forma en que puede consolidarse el nexo causal en entre el hecho y el daño. Destacamos a continuación algunas de las más importantes:

- Teoría de la *equivalencia de las condiciones*: propuesta en 1885 por Von Buri, especialmente en el ámbito penal, también denominada de la *condictio sine qua non*, esta tesis postula en forma general que debe ser considerada como causa de un fenómeno aquel acontecimiento sin el cual no se habría producido el mismo. Como lo indican los hermanos Mazeaud, en esta teoría, [t]odos los acontecimientos que han condicionado el daño son equivalentes, en el sentido en que todos ellos son, por igual título, la causa del mismo[<sup>161</sup>].
- Teoría de la *causa inmediata o de la causa próxima*: Postura en virtud de la cual se ha determinado que debe ser estimado como causa de un daño aquel evento que lo haya precedido inmediatamente en su realización y que se consecuencia inmediata, pues, para Bacon, [s]ería para el derecho una tarea infinita la de juzgar las causas de las causas y la acción de las unas sobre las otras: por eso se contenta con la causa inmediata y juzga los actos desde ese punto de vista, sin remontarse a un grado superior<sup>162</sup>.
- Teoría de la *causa eficiente*: Esta tesis parte del supuesto de considerar como causa, aquel suceso que entre los concurrentes

---

160 Ibid.

161 SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo III. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006. p. 32.

162 Ibid. p. 40.



en la producción de un fenómeno, ha sido el preponderante o más eficaz en su realización.

Karl von Birkmeyer señalaba que la preponderancia había que medirla según el grado de actividad que hubiera desarrollado una de las condiciones en cuestión, en términos cuantitativos, al paso que J. Kohler indicaba que el criterio basilar había que establecerlo según términos cualitativos: «es la calidad intrínseca de la condición, comparada con la calidad del efecto, la que nos permite separarla de las demás condiciones y hacer de ella una causa en sentido propio.»<sup>163</sup>

- Teoría de la *causalidad adecuada*: en ésta se parte de que todos los acontecimientos que concurren a la realización del daño, y que son sus condiciones, no constituyen su causa. Tan sólo pueden ser admitidos como causas aquellos que deberían producir normalmente el perjuicio: es preciso que la relación entre el acontecimiento y el daño sea adecuada y no simplemente fortuita. Esta, generalmente, se expresa hoy exigiendo que el acontecimiento sea capaz de producir normalmente el daño.

La tesis en comento fue acogida en la praxis por la jurisprudencia alemana estableciendo que la causación adecuada existe solamente cuando una acción (u omisión) es apropiada en circunstancias normales y según el curso normal de las cosas y no en circunstancias completamente extraordinarias para la producción del resultado sobrevenido.<sup>164</sup>

En todo caso, será el juzgador, de acuerdo a las leyes de la sana crítica, quien, armonizando los avances doctrinarios y jurisprudenciales del momento, defina cual teoría determinará la realización del juicio de responsabilidad en el marco del orden jurídico vigente para la época. Pasemos, entonces, a analizar la siguiente regla del sistema de responsabilidad que hemos venido planteando.

2.3.2.3 Tercera regla: el daño es condición necesaria para que haya posibilidad de declarar la responsabilidad.

Ciertamente, una de las mejores aproximaciones teóricas al tema que

---

163 *Ibíd.* p. 43.

164 *Ibíd.* pp. 47, 48.



aquí nos ocupa, la ofrece el profesor *Juan Carlos Henao*, en la obra que lleva precisamente por título “El Daño”, en donde claramente concibe por tal: la alteración negativa de un estado de cosas existente. Empero, agrega el jurista colombiano, es evidente que el daño, a pesar de ser requisito necesario, no es suficiente para la configuración de la responsabilidad del Estado. Esto, según el referido profesor Henao: “es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre<sup>165</sup>”.

En similares términos trata el asunto el profesor *José Luis Concepción*, quien en su obra *Derecho de Daños* señala que algunos autores como LARENZ dan un concepto meramente objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, mientras que otros, entre los que se encuentra SANTOS BRIZ entienden que el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, definiéndolo como todo menoscabo, material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra. Para que sea susceptible de ser indemnizado, agrega *Concepción*, el daño ha de reunir una serie de requisitos: a) que el daño ha de ser real en su existencia y en su cuantía; b) que no basta para que exista daño, probar el incumplimiento de una obligación, porque el mismo no lleva consigo todos los supuestos, la producción del daño; c) la apreciación del daño, su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al libre arbitrio del tribunal sentenciador<sup>166</sup>.

En vista de lo observado, podemos concluir que para que se declare la responsabilidad – para el caso nuestro del Estado- es indispensable además de probar el daño, acreditar que 1) el ente público satisface los requisitos suficientes para recibir la sanción, esto es, cumple con las demás reglas de las que hemos venido hablando y 2) han sido vulnerados los principios que determinan el funcionamiento del Estado en esta materia.

---

165 Cfr. HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 84.

166 CONCEPCIÓN, José Luis. *Derecho de Daños*. Barcelona: Editorial Bosch, 1999. pp. 72-73.



Analizados, entonces, estos dos componentes iniciales del sistema de responsabilidad estatal, pasaremos a continuación a exponer el siguiente eslabón de la cadena.

### 2.3.3 Los subsistemas de responsabilidad estatal.

Señala el profesor *Oscar Aníbal Giraldo* que en el mundo jurídico se venía hablando indistintamente de responsabilidad extracontractual del Estado o de la Administración, con gran aceptación para la última expresión, pues el Estado sólo se consideraba responsable de la actividad administrativa<sup>167</sup>.

En la actualidad, sin embargo, es un error la pretensión de enmarcar el tema de la responsabilidad del Estado dentro del concepto genérico de Responsabilidad Administrativa<sup>168</sup>. Nada más impreciso.

Como lo hemos formulado, dentro del sistema de responsabilidad estatal existen unos principios y unas reglas que, articuladas, forman a la vez unos subsistemas que se estructuran y denominan a partir de las tres clásicas funciones esenciales del Estado, esto es, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función legislativa.

Así, existirá entonces el subsistema de responsabilidad administrativa, el subsistema de responsabilidad judicial y el subsistema de responsabilidad legislativa.

El maestro uruguayo *Enrique Sayagués*, ya había vislumbrado lo dicho en su genial obra al sostener que:

A consecuencia de la múltiple actividad administrativa que realizan los entes estatales, suelen originarse daños que deben ser indemnizados. Esto lleva a examinar las normas que regulan la responsabilidad por actos o hechos administrativos.

También pueden derivar daños de los actos legislativos. Es necesario,

167 Vid. GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal. Curso de Derecho Administrativo General. Medellín: Señal Editora, 2010. p. 349.

168 Obsérvese por ejemplo como en el capítulo IV de la obra del profesor Wilson Ruiz se confunde el tratamiento del asunto diciendo: "La responsabilidad del Estado Legislador en Colombia como sistema de imputación **en materia de responsabilidad administrativa** sigue siendo una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia [...]" Cfr. RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: ECOE, 2010. p. 165. Subrayado fuera de texto.



pues, analizar si surge responsabilidad estatal en esos casos y las reglas que la regularían.

Por último y para tener un panorama general de la responsabilidad de los entes públicos, cabe examinar también, la responsabilidad por actos jurisdiccionales<sup>169</sup>.

En igual sentido lo admite y plantea el tratadista argentino Agustín Gordillo, al indicar:

[...] esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo. Sin embargo, conviene advertir que de acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del Poder Judicial o del Poder Legislativo comportará la responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que también puede existir responsabilidad administrativa por actos o hechos realizados por tales poderes. La responsabilidad así llamada “legislativa” se concreta, pues, en una responsabilidad por el daño causado por una ley del Congreso: cualquier daño ocasionado por el Congreso o sus órganos a través de conductas que no comporten específicamente una “ley” en sentido formal, encuadrará así dentro del campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa<sup>170</sup>.

Del mismo modo, la responsabilidad llamada judicial sólo existe como tal en la medida en que emerge de actos judiciales típicos; los daños que un órgano judicial realice en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial<sup>171</sup>.

De allí que sea dable concluir en este acápite que cualquiera sea el agente o el órgano de quien emane el acto, hecho u operación se compromete la responsabilidad del Estado, importando poco la naturaleza de los mismos, basta, simplemente, que aquellos provengan del ejercicio de funciones públicas esenciales, en cualquiera de sus distintas áreas, esto es, administrativa, judicial o legislativa, y lo anterior sucede por que el desarrollo del sistema de responsabilidad ha sido concebido a partir de un criterio eminentemente funcional, antes de orgánico.

---

169 Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi, 1986.p. 593.

170 *Ibidem*.

171 GORDILLO, Agustín. op. cit. p. 781.



Pasemos a continuación a conceptualizar cada uno de los subsistemas de responsabilidad para comprender, posteriormente, su desarrollo en el marco de este gran sistema de responsabilidad estatal.

### **2.3.3.1 Subsistema de responsabilidad administrativa.**

Tal como dijimos anteriormente, los subsistemas de responsabilidad se erigen desde un criterio funcional. Debido a lo dicho, al momento de abordar el tipo de responsabilidad que aquí nos ocupa, esto es la administrativa, partiremos de decir que por función administrativa se entiende según *Sayagués Laso la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales.*<sup>172</sup>

Luego, es el mismo autor quien señala que la Administración Pública es el conjunto de órganos estatales actuando en función administrativa<sup>173</sup>. Concepto que fuera complementada por el profesor *Brito Ruiz*, para quien la Administración, desde el punto de vista material, comprende el conjunto de entidades o instituciones requeridas para actuar, lo mismo que los medios de que se vale el Estado para el logro del interés general y la consecución de los objetivos y finalidades del Estado<sup>174</sup>.

De tal manera que la responsabilidad administrativa será entonces aquella en la que incurren los órganos que ejercen la función administrativa, esto es, lo órganos que componen la administración pública<sup>175</sup>, previa la satisfacción de los principios y reglas que determinan su aplicación.

### **2.3.3.2 Subsistema de responsabilidad judicial.**

Bajo el diseño metodológico planteado, abordar la responsabilidad judicial, o mejor jurisdiccional, implica aproximarnos a la conceptualización de dicha función, y para ello, en un primer momento, acudiremos al maestro *Luis Carlos Sáchica*, quien refiriéndose al tema acota lo siguiente:

Los modos básicos de actuación del Estado son tres, correspondientes a los órganos de la potestad pública, y a las consiguientes funciones:

172 Vid. SAYAGUÉS LASO, Enrique. op. cit. p. 46.

173 Ibid. p. 153

174 Vid. BRITO RUIZ, Fernando. Estructura del Estado y de la Administración Pública Nacional. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. p. 249.

175 Vid. PAILLET, Michel. op. cit. p. 60.



c) la función jurisdiccional, en la cual actúa el Estado frente a una situación contenciosa entablada por conflictos de intereses entre personas privadas o con el Estado, y la desata mediante una sentencia.

[...] la tipifica el hecho de que la solución dada en el fallo es el resultado de un proceso en que se valoran las pruebas aportadas y controvertidas por los litigantes como fundamento de sus pretensiones, y de que tal decisión es motivada precisamente en esa evaluación<sup>176</sup>.

De todo lo anterior, podemos deducir que bien puede definirse la función jurisdiccional como la actividad estatal que tiene por objeto la solución de controversias jurídicas con carácter de cosa juzgada.

O como diría *Rico Puerta*: “compartimos con Serra su definición según la cual la jurisdicción es la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica<sup>177</sup>”.

Ahora bien, en lo que respecta a la formación de un subsistema de responsabilidad del Estado juez<sup>178</sup>, cabe señalar que en el caso colombiano, en la actualidad, el mismo tiene como eje principal lo dispuesto en el artículo 90 constitucional y lo mandado por la Ley 270 de 1996, en sus artículos 65 y siguientes, donde se dispone como base de tal compendio normativo en la materia, lo siguiente:

ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Dicha norma, que como se dijo se erige como soporte del subsistema, aparentemente establecía como único régimen aplicable, a la responsabilidad por funcionamiento de la administración de justicia, el de la falla o falta, sin

176 SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 1987. pp. 370 – 371.

177 Cfr. RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General del Proceso. Bogotá: Leyer, 2008. p. 349.

178 Vid. GÓMEZ CARDONA, Efraín. Derecho Administrativo General y Colombiano. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995. p. 341. Justificando la existencia de este subsistema, puntualiza el autor que: “Los jueces, como cualquier otro mortal, pueden equivocarse, por más idóneas que sean las personas que ocupan tan delicados cargos, por más celosas que sean en su desempeño y por muy refinados instrumentos técnicos y científicos de que dispongan para administrar justicia”.



embargo fue clarificada por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 en el sentido que, desde la óptica de una interpretación acorde con lo dicho por la norma fundamental, dicha disposición no podía excluir del subsistema en comento el régimen de *responsabilidad sin falta u objetivo*, por lo que quedaba entonces sujeta a los lineamientos generales del sistema formulado en el presente trabajo. En efecto, en tal oportunidad, dijo el tribunal de lo constitucional que:

La Corte estima que el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado -a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia. En efecto, sin tener que entrar a realizar análisis alguno acerca de la naturaleza de la responsabilidad estatal y sus diversas modalidades -por escapar ello a los fines de esta providencia-, baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado -sin importar sus características- ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexecutablez del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política<sup>179</sup>.

Queda entonces claro que la decisión del legislador fue la de regular específicamente un régimen por falta dentro de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, el que, de acuerdo con la profesora *Sánchez Álvarez*<sup>180</sup> establece las siguientes reglas o condiciones particulares.

- La ocurrencia del perjuicio
- Existencia de un nexo causal con la decisión judicial
- Que la decisión esté contenida en una providencia judicial en firme
- Que se hayan interpuesto los recursos, y obviamente

---

179 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

180 SÁNCHEZ ÁLVAREZ, María Angélica. Responsabilidad del Estado Colombiano por la Administración de Justicia. *En*: Estudios en Derecho y Gobierno. Revista de la Universidad Católica de Colombia. pp. 119 – 146. Diciembre de 2009.



- Que contenga un error judicial de tal importancia que determine la resolución del conflicto.

Desde luego que lo anterior no implica que de suyo resulte inaplicable el régimen objetivo, pues como se dijo, el mismo nace o se admite en función de la antijuridicidad del daño, principio ampliamente explicado en apartados anteriores del presente trabajo.

### 2.3.3.3 Subsistema de Responsabilidad del Legislador.

Es claro, de acuerdo con *Leiva Ramírez*, que “siempre que exista un daño antijurídico y éste sea imputable al Estado, habrá responsabilidad patrimonial y el término ‘Estado’ usado por la cláusula general del artículo 90, comprende todas las ramas del poder público, incluida por supuesto, la legislativa<sup>181</sup>”.

En conclusión, anota el citado, la existencia de los artículos 58, 150 numeral 17, 336 y 365 de la Carta Política de 1991, puede explicarse como garantía específica adicional que mereció una mención particular en la Constitución y constituye un claro mandato al legislador para que atienda los requerimientos indemnizatorios.

Lo anterior halla su fundamento en la jurisprudencia constitucional en la que de manera enfática ha sido reconocida la existencia de la responsabilidad estatal por los daños ocasionados con el ejercicio de la función legislativa.

Como prueba de lo afirmado, aparece la sentencia C- 038 en la que afirma la Corte Constitucional lo siguiente:

De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento.

181 Vid. LEIVA RAMÍREZ, Eric. Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador. Bogotá: Editorial báñez, 2010. p. 150.



No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución<sup>182</sup>.

Este subsistema, pues, que como bien se sabe constituye el foco central del presente esfuerzo investigativo, ha sido reconocido y estructurado por la jurisprudencia y la doctrina interna y foránea y, por supuesto, para su explicación hemos reservado todo un capítulo de la presente obra.

Por ahora, pasaremos a la exposición del siguiente componente del sistema de responsabilidad estatal: los regímenes, ocupándonos de su concepto y modalidades. Veamos.

#### *2.3.4 Regímenes de responsabilidad estatal.*

La palabra régimen es definida por la *Real Academia* española como “Conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad<sup>183</sup>”. Idénticamente lo define el diccionario de *María Moliner* como: Conjunto de normas que reglamentan cierta cosa<sup>184</sup>. A diferencia de la definición de la palabra *sistema*, que incorpora, como se vio, tanto principios como normas, los regímenes se componen sustancialmente de normas, y sus principios, por tanto, serán los dados por el sistema al que aquellos pertenezcan.

El régimen, entonces, denota una mayor especificidad, mientras que el sistema denota una amplia estructura, una mayor integralidad que, ciertamente, articula sus componentes para la obtención de un fin común; en nuestro caso el funcionamiento de la responsabilidad estatal.

---

182 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

183 Cfr. Real Academia Española. op. cit.

184 Cfr. MOLINER, María. op. cit.



En materia de regímenes de responsabilidad estatal, han sido múltiples los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina. Una voz autorizada, la del profesor *Carlos Mario Molina*, refiriéndose a éste punto, señala que en primer lugar, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encabezada por el Consejo de Estado, desarrolla un régimen común de responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados a terceros, basado en la idea de que es la administración quien debe responder por las fallas que se le imputan a sus agentes en el ejercicio cotidiano de la actividad pública, teniendo en cuenta si la administración dentro de sus obligaciones no actuó cuando debía hacerlo, actuó pero de forma indebida o lo hizo bien pero tardíamente<sup>185</sup>.

En segundo lugar, agrega el jurista colombiano, desde 1989 el Consejo de Estado comienza a explorar un régimen diferente al de la falla probada y por ello estableció tímidamente un régimen de responsabilidad basado en la presunción de falta en los casos particulares de la actividad operativa de la policía, de la conducción de vehículos oficiales y de la actividad médica.

Y en tercer lugar, puntualiza el autor examinado, el Consejo de Estado desarrolló lentamente un régimen de responsabilidad mucho más favorable para la víctima, por cuanto no era necesario demostrar la intervención de una falta de la administración, presunta o probada, sino más bien el establecimiento de una responsabilidad objetiva<sup>186</sup>.

A continuación pasaremos a explicarlos.

#### 2.3.4.1 Régimen subjetivo o por falta.

Debemos partir de reconocer, como lo hace *Polo Figueroa*, que la jurisprudencia contencioso administrativa, en innumerables fallos, permite concluir que la tesis de la responsabilidad directa del Estado por falla o falta del servicio, constituye la de mayor aceptación como fundamento del deber de indemnizar. Misma que se ha estructurado sobre los siguientes supuestos:

- a) Es una responsabilidad directa, sin que sea necesario distinguir entre los órganos y funcionarios, por medio de los cuales se expresa la voluntad de la administración y los funcionarios auxiliares, que ejecutan esa voluntad.

185 Vid. MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El Derecho Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano. En: VIDAL PERDOMO, Jaime y otros. Temas de Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005. pp. 93.

186 Ibid. pp. 94-95.



- b) La responsabilidad surge del deber del Estado de procurar la realización del bien común y la consiguiente prestación de los servicios públicos. Por los mismo, si a consecuencia de un mal o irregular funcionamiento, del retardo o ausencia en la prestación del servicio se causa daño a un particular, el Estado es responsable y está obligado a indemnizar, sin que sea menester indagar por la culpa del agente encargado de su prestación; la culpa es la del servicio, anónima, de la administración.
- c) Para que la acción indemnizatoria prospere, el actor debe probar: 1) la existencia de un hecho dañoso o falla del servicio; 2) la existencia del daño, lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido, y 3) la relación de causalidad entre la falta de la administración y el daño, sin el cual, aún demostrada la falla, no habría lugar a indemnización.
- d) El Estado puede exonerarse de responsabilidad demostrando fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o un hecho de un tercero, como causas del daño. Igualmente si comprueba que el agente actuó como simple ciudadano o que se trata de una falta personal del mismo sin conexión alguna con el servicio.
- e) Esta responsabilidad no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil. Su fuente se encuentra en la Constitución Nacional<sup>187</sup>.

Al respecto, cabe agregar varias cosas. Lo primero es que este es un régimen subjetivo. Y lo es por que está basado en la culpa, lo que pasa es que la noción de culpa individual de un agente determinado, es sustituida por la falla del servicio, o culpa de la administración, desapareciendo, en consecuencia, como dice Vidal Perdomo, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente, pues, la acreditación de la falla funcional, orgánica o anónima<sup>188</sup>.

Lo segundo que podemos agregar es que dentro de este régimen también cabe la llamada falla presunta, un título jurídico de imputación que, como se observó, fue utilizado jurisprudencialmente durante algún tiempo y

187 POLO FIGUEROA, Juan Alberto. op. cit. pp. 293 – 294.

188 Vid. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. op. cit. p. 485. Puntualizando sobre la definición de culpa, precisa el autor: “La culpa, según una definición bastante aceptada y que ha sido propuesta por los hermanos *Mazeaud*, es un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias. Resulta de la comparación de obrar de una persona con un tipo ideal que se toma como modelo. La culpa puede producirse por imprevisión, abstención, imprudencia, etc.”



que luego desapareciera de la escena jurídica para ser absorbido por la responsabilidad objetiva por riesgo, como veremos adelante. En efecto, y para confirmar lo dicho, recordemos que el profesor Quintero Navas explica el asunto en los siguientes términos:

El derecho colombiano solía confundir las nociones de falta presunta con aquella de presunción de responsabilidad, hasta que admitió que la primera hace parte de la responsabilidad por falta, y la segunda de la responsabilidad sin falta.

Los dominios predilectos de la falta los constituyen la actividad médica, la responsabilidad por muerte o lesiones a internos en establecimientos carcelarios y la responsabilidad por daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar. Este régimen encuentra su fundamento en la dificultad probatoria para la víctima que pueda presentar la actividad al momento de intentarse la acción<sup>189</sup>.

Pasemos a continuación a explicar los distintos títulos jurídicos de imputación que al interior de este sub régimen se plantean.

#### 2.3.4.1.1 Títulos jurídicos de imputación en el sub régimen subjetivo.

##### 2.3.4.1.1.1 La noción general de título jurídico de imputación.

Antes de comenzar específicamente el desarrollo de este acápite, y a efectos de que nos sirva para el resto del trabajo, nos aproximaremos a una conceptualización clara de lo que es un título jurídico de imputación, partiendo de lo dicho por el profesor *Martín Bermúdez* quien indica que éste es “la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño<sup>190</sup>”

En línea con lo expresado, el profesor colombiano *Luis Felipe Botero Aristizábal*, señala que un título jurídico de imputación es: “una razón jurídica suficiente por la cual las consecuencias económicas del daño deben ser asumidas por éste y no por la víctima<sup>191</sup>”. Este factor, según el autor en cita, es el que determina la antijuridicidad del daño<sup>192</sup>.

189 QUINTERO NAVAS, Gustavo. Regímenes Especiales de Responsabilidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Biblioteca Digital. [en línea] <www. jurídicas.unam.mx> [citado en julio 30 de 2011].

190 BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El Título Jurídico de Imputación en la Responsabilidad Estatal. En: VIDAL PERDOMO, Jaime y otros. op. cit. p. 315.

191 BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. op. cit. p. 111.

192 *Ibid.* Por lo que agrega el profesor Botero, que: “En otras palabras, no se tiene el deber jurídico de soportar un daño causado por el Estado, porque dicho daño le resulta imputable por la configuración de alguno de los



En un sentido similar, el profesor y ex consejero de Estado, *Alíer Hernández*, define los títulos jurídicos de imputación como las “razones jurídicas por las cuales (el Estado) está en la obligación de resarcir el daño”<sup>193</sup>.

Esas razones jurídicas<sup>194</sup>, como llaman a los títulos de imputación<sup>195</sup>, son determinantes al momento de establecer la antijuridicidad del daño, pues, gracias a ellas se justifica jurídicamente quién está en la obligación de soportarlo, de acuerdo con las reglas que defina el sistema.

Así, por ejemplo, habrá falla del servicio siempre que se acredite que existe:

- 1) Un hecho imputable al Estado, que constituye un funcionamiento anormal de un servicio a cargo de aquél;
- 2) Una relación de causalidad entre el hecho y el siguiente elemento;
- 3) Un daño

Finalmente, dichos títulos de imputación, se construyen a partir de algunos elementos propios que los identifican y, desde luego, son importantes si queremos formular un verdadero sistema de responsabilidad estatal. En las próximas líneas observaremos cuáles son esos elementos propios y diferenciaremos cada una de sus posibles aplicaciones.

---

títulos jurídicos de imputación”

193 HERNÁNDEZ, Alíer. *Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*. En: *Memorias del 2º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública*. Bogotá: Alcaldía de Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005. p. 20.

194 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 918 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sobre la delimitación conceptual del Título Jurídico de Imputación, se aporta en esta sentencia lo siguiente: Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuridicidad 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”.

195 El Profesor Botero Aristizábal, en la obra ya citada, desarrolló un interesante análisis de los distintos títulos de imputación admitidos por la jurisprudencia nacional. En efecto se refiere a (i) la falla del servicio indicando que ella se presenta como toda conducta antijurídica del Estado derivada del incumplimiento de sus obligaciones (p. 112); (ii) El daño especial, señalando que este se presenta por toda actividad ilícita del Estado que viola el principio de igualdad ante las cargas públicas y crea un daño anormal y especial (p. 115); (iii) El riesgo excepcional, hipótesis que se presenta por toda actividad ilícita del Estado pero que crea un riesgo grave y anormal (p. 115); (iv) La ocupación permanente o temporal por trabajos públicos (p. 117); (v) plantea otros títulos jurídicos de imputación como la equidad, la confianza legítima, la privación injusta de la libertad, etc. (p. 118)



2.3.4.1.2 de la falla probada del servicio y falla presunta, como títulos jurídicos de imputación específicos.

#### 2.3.4.1.2.1 La falla probada.

Lo primero que haremos es fundamentalmente aproximarnos al estudio etimológico de la expresión falla del servicio.

Con tal fin, diremos que la palabra falla, según la Real Academia, proviene del latín vulgar *falla*, que a su vez significa defecto. Así, en la primera acepción del diccionario usual, se define como “defecto material de una cosa que merma su resistencia<sup>196</sup>”.

De otro lado, la palabra servicio, proviene del latín *servīre*<sup>197</sup>, desprendida a su vez de *servus*, de donde se origina el vocablo siervo, esto es, aquel que se encuentra sometido o que actúa en favor de otro.

De allí que la palabra servicio, según el diccionario de *María Moliner*, se defina como la acción de: “Trabajar alguien o hacer una cosa cualquiera para otro que le manda o paga o al que está sometido o quiere agradecer<sup>198</sup>”.

La falta o falla del servicio es, entonces, el defectuoso funcionamiento observable en la realización de una actividad a cargo del Estado.

Esta, en palabras de *Younes Moreno*, se produce pues, por una irregularidad en la prestación del servicio, y aunque en algunas oportunidades es identificable el funcionario que actúa en desarrollo del servicio, poco importa para el sustento de la teoría que el funcionario no sea identificable, pues esta modalidad de la responsabilidad se sustenta igualmente en lo que se ha venido llamando la culpa anónima, porque se considera que es el servicio en su conjunto el que ha funcionado mal, independientemente de que se identifique al funcionario autor del acto o del hecho<sup>199</sup>.

Desde esta óptica, diremos que la configuración de la falla del servicio se presenta en los siguientes eventos:

#### 1) El servicio funcionó mal

196 Cfr. Real Academia Española. op. cit.

197 *Ibíd.*

198 MOLINER, María. op. cit.

199 YOUNES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá: Temis, 2007. p. 291.



- 2) No funcionó el servicio
- 3) El servicio funcionó, pero tardíamente<sup>200</sup>.

De otro lado, y para ahondar en el tema, diremos que la falla del servicio, como tesis explicativa de la responsabilidad patrimonial del Estado, fue expuesta por primera vez en nuestro derecho por la Corte Suprema de Justicia, aunque bajo la sustentación del derecho privado en sentencia del 21 de agosto de 1939.

Se dijo entonces que la teoría de la responsabilidad por otro, para justificar la del Estado como gerente de los servicios públicos, derivada de los principios del derecho civil que consagran la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes estaba revaluada por la nueva concepción que quería fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. Agregándose que no se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente del accionar del servicio público de lo que es propiamente su función oficial<sup>201</sup>.

Así, se sostuvo que la tesis de la falta o falla del servicio, representa para el derecho público un avance en el desarrollo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, por cuanto en ella se sustituye la noción de culpa individual del servidor público en concreto, por la falla institucional del Estado, sin importar ni tratar de identificar cual fue el empleado que ejecutó la actividad dañosa. En ese orden de ideas, es apenas necesario probar la falla funcional u orgánica del servicio, pudiendo decirse que allí surge la tesis de la presunción de culpa.

Por ello, señala *Parra Gutiérrez*;

Hay un argumento revaluado en el derecho público para sustentar la responsabilidad, sin acudir a la culpa in eligendo e in vigilando, no porque la administración haya elegido o vigilado la conducta de sus funcionarios,

---

200 GÓMEZ POSADA, José Fernando. op. cit. p. 46.

201 PARRA GUTIERREZ, William. Responsabilidad Patrimonial Estatal. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2003. p. 57.



sino con base en que el Estado debe como una obligación que le es exigible, prestar los servicios públicos correctamente a la comunidad. Como se sustenta la tesis, en la culpa, no se trata de una responsabilidad objetiva. Con base en esta presunción, quien ha sufrido el daño, y desea el resarcimiento, le basta con demostrar la falla del servicio, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro elemento”<sup>202</sup>.

Existe así, en los casos de falla del servicio, la acreditación de un funcionamiento incorrecto, anormal de la actividad del Estado y, derivado de ello, se produce un daño que, precisamente por ser causado por tal irregularidad, no debe ser soportado por el ciudadano.

#### 2.3.4.1.2.2 La falla presunta.

Lo primero que debemos señalar es que, y en esto existe coincidencia con el ex magistrado *Ricardo Hoyos*, en particular, en Colombia la jurisprudencia elaboró la llamada presunción de falla del servicio, la cual, a su vez, le dio paso a la responsabilidad por el riesgo en relación con las llamadas actividades peligrosas, entre las cuales se encuentra la utilización de las armas de fuego<sup>203</sup>.

Derivado de lo anterior ha quedado, no sólo diezmada en la actualidad, sino inaplicable, la teoría de la falla presunta, debido a que el tema del daño producido precisamente por la generación de riesgo, ha sido subsumido dentro del régimen objetivo de responsabilidad<sup>204</sup>.

Sin embargo y explicando el recorrido existencial de la falla presunta del servicio en la jurisprudencia colombiana, el citado profesor *Hoyos Duque*, indica que es a partir del año de 1989 cuando se consolida ésta frente a las siguientes actividades:

a) Daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989, expediente. No. 5290;

---

202 *Ibíd.* p. 58.

203 HOYOS DUQUE, Ricardo. Responsabilidad del Estado por el Uso de las Armas de Fuego. Su Incidencia en el Presupuesto del Ministerio de Defensa Y de la Policía Nacional. *En*: Prolegómenos. Revista de la Universidad Militar Nueva Granada. Volumen IX. Nº 18. - Julio - Diciembre 2006. pp. 77 – 110.

204 *Vid.* GARCÍA FORERO, Fernando. *op. cit.* p. 109. Al respecto apunta el autor que el riesgo encaja dentro de los regímenes en los que no entra en juego el concepto de falla. Y desarrolla su idea de la forma siguiente: “una vez se encuentra dentro de las diligencias judiciales acreditada la existencia del susodicho riesgo, éste puede (suele) ser suficiente para que, haciendo abstracción de cualquier otra circunstancia se le abra paso de una vez al deber resarcitorio a cargo del Estado, aunque las circunstancias en que se haya realizado dicho riesgo comporten, en sí mismas, una falla del servicio”.



sentencia del 28 de abril de 1989, expediente No. 3852; sentencia del 25 de octubre de 1991, expediente No. 6465).

b) Daños causados con armas de fuego: sentencia del 31 de julio de 1989, expediente No. 2852 (252).

c) Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989, expediente No. 4484.

d) Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991, expediente No. 6691.

e) Daños derivados de la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990, exp. No. 5902 y 30 de julio de 1992, expediente No. 6897.<sup>205</sup>

Precisamente por lo que se dijo acerca de la instauración del régimen objetivo por riesgo, hasta hoy<sup>206</sup> quedaba sólo ésta última hipótesis, la de responsabilidad médica, como la única susceptible de ser enjuiciada bajo el lente de la falla presunta, empero, con severas restricciones, según lo indicó el propio Consejo de Estado, de la siguiente manera:

Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será, por regla general, carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla

205 HOYOS DUQUE, Ricardo. op. cit. p. 80.

206 Se habla en pasado por que el Consejo de Estado mediante fallo del veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo, dentro del proceso 20087 : “consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser contruados a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio. Esta última es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado [Sentencias de 3 de mayo de 2007. Expediente: 17.280; 26 de marzo de 2008. Expediente: 16.085; 23 de abril de 2008. Expediente: 15.750]”.



en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial<sup>207</sup>.

Nótese entonces que el tema de la falla presunta ha perdido paulatinamente su espacio de intervención y ha quedado reducida al ámbito de la determinación de la carga probatoria que, en el estado actual del desarrollo jurisprudencial, le corresponde por regla general a quien pretende obtener la declaratoria de la responsabilidad.

En consonancia con lo dicho, a manera de colofón, afirmamos que la falla presunta se aplica de manera excepcionalísima y por razones de equidad en aquellos casos en los que al demandante, principalmente por su incapacidad técnica o científica le queda prácticamente imposible probar lo que éste denuncia como existente.

#### 2.3.4.2 Régimen objetivo de Responsabilidad Estatal.

Este es el régimen en el que las normas jurídicas sólo exigen, para la configuración de la responsabilidad, que el sujeto haya dado lugar a un estado de cosas –resultados – para que tenga la sanción. Desde esta óptica, el sujeto es responsable con independencia de que haya querido o previsto el resultado<sup>208</sup> dañino. Es decir, basta con que se haya producido un daño para que el sujeto sea declarado responsable, aún si dicho resultado se produjo sin que hubiera sido deseado por aquél.

El elemento subjetivo desaparece entonces del juicio de responsabilidad ya que esta es declarada siempre que se acredite el nexo causal entre la actividad del Estado y el resultado dañoso producido.

Como se puede ver, en este conjunto normativo se ubica la regulación de la responsabilidad en la cual no entra en juego el elemento falla, ni como *onus probandi* a cargo del actor ni como presunción de falla, inversora de la carga de la prueba.

---

207 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Santa Fe De Bogotá, D.C., Cinco (5) de Mayo de Dos Mil Cinco (2005). Radicación Número 15191. En dicho fallo se indica que sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, pueden revisarse las sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

208 Vid. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. op. cit. p. 438.



Se trata pues, como señala *Tamayo Jaramillo*, de los regímenes en los que basta con acreditar un hecho y un perjuicio y en los que la administración sólo se exonerará si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima, no sucediendo así con el caso fortuito<sup>209</sup>.

Al interior de dicho régimen se presentan dos sub regímenes, el de responsabilidad basada en el riesgo y el de responsabilidad basada en la solidaridad, mismos dentro de los que, a su vez, se presentan diversos títulos jurídicos de imputación, tal como será reseñado a continuación.

#### 2.3.4.2.1 Sub régimen objetivo por riesgo y sus títulos jurídicos de imputación.

La palabra riesgo, según la Real Academia, denota la Contingencia o proximidad de un daño<sup>210</sup>.

Luego, frente a éste sub régimen, según lo afirma el Consejo de Estado, siguiendo las palabras de *Josserand*, podemos decir que “dentro de esta nueva concepción quienquiera que cree un riesgo, si ese riesgo llega a realizarse a expensas de otro, tiene que soportar las consecuencias, abstracción hecha de cualquier culpa cometida [...] Así el punto de vista objetivo reemplaza el punto de vista subjetivo y el riesgo suplanta a la culpa, esa especie de pecado jurídico”<sup>211</sup>.

Este sub régimen pues, interpretando lo dicho por el Consejo de Estado, podría definirse como aquel en el cual el Estado compromete su responsabilidad como quiera que en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan, bien a sus personas o sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a un peligro de daño que, dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o el servicio<sup>212</sup>.

---

209 Vid. TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico, El Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Bogotá: Temis, 1997. pp. 4-5.

210 Cfr. Real Academia Española. op. cit.

211 Vid. República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Expediente No.: 10.421.

212 *Ibíd.* Consejero Ponente: Antonio Irrisarri. Santa Fe De Bogotá, D.C., Veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Exp. 4655.



Es decir, el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo, catalogado por el Consejo de Estado<sup>213</sup> como uno de los que se desarrolla sin irregularidad de conducta; se deriva, entre otros, del ejercicio o de la estructura de instrumentos dedicados a actividades peligrosas, y tiene como factor de imputación el riesgo que excede los inconvenientes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados o los integrantes de un grupo en igualdad de condiciones.

Por consiguiente, en aquellos casos en que se prueba que el Estado genera ese tipo de actividad debe soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además los otros elementos, como son el daño y el nexo de causalidad adecuado.

Según se afirma, el Estado sólo podrá exonerarse cuando demuestre causa extraña (fuerza mayor, o hecho exclusivo o del tercero o de la víctima) que rompa el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo, porque fue eficiente y determinante.

Durante el juicio de responsabilidad, en relación con el hecho dañador, al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa por el Estado; no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; por esto mismo el demandado no se exculpa demostrando diligencia y cuidado.

De otro lado, en cuanto al daño, el actor sólo debe demostrar o la existencia de un daño o el hecho del cual se presume, según el caso, y que reúna las siguientes características: que sea cierto, particular y que recaiga sobre una situación que esté protegida jurídicamente.

Y frente al último elemento, nexo de causalidad, el accionante debe probar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada y probada contra el Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera su causalidad, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.

---

213 *Ibíd.* Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Santa Fe De Bogotá, D.C., Veintisiete (27) de noviembre de dos mil dos (2002). Radicación Número 13090.



La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza al hecho indicado.

Veamos como se configuran entonces, los títulos jurídicos de imputación dentro de este sub régimen, esto es, el riesgo excepcional y el ejercicio de las actividades peligrosas.

#### 2.3.4.2.1.1 Riesgo excepcional.

Lo primero que debemos decir es que ha sido notoria la confusión reinante en esta materia, pues, imprecisamente, se han tratado de manera indiscriminada los conceptos de riesgo excepcional y de actividades peligrosas, sugiriendo, jurisprudencia<sup>214</sup> y doctrina, que el primero se deriva del segundo.

En efecto, en un fallo del año 2006, el Consejo de Estado incentiva la indiferenciación de estos conceptos, señalando lo siguiente:

El último criterio jurisprudencial relacionado con el régimen bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita [...] <sup>215</sup>

Empero lo anterior, debetenerse presente que, en el derecho Administrativo, como señala *Molina Betancur*, además de estar relacionados los conceptos de actividad peligrosa y riesgo, por ser en alguna forma sinónimos, la actividad peligrosa se fundamenta en la teoría, y ya no sólo en el concepto del riesgo excepcional.

Esto nos indica, según el académico en cita, que no deben ser tratados

---

214 *Ibíd.* Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Treinta y uno (31) de mayo de 2007. Radicación: 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898). A propósito de la confusión entre actividades peligrosas y el riesgo excepcional como títulos jurídicos de imputación, obsérvese cómo en el fallo en cita se dice: “Sobre el particular, se debe señalar que la actividad de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, es en sí misma una actividad lícita del Estado que somete a los ciudadanos, por regla general, a un riesgo excepcional y que, por lo tanto, podría llegar a generar perjuicios. Así lo ha sostenido en diversas oportunidades esta misma Sección [...]”.

215 *Ibíd.* Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05000-01(20008). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.



igualmente por que en las actividades peligrosas nos estamos refiriendo a una responsabilidad específica.

Al contrario, insiste *Molina*, la teoría del riesgo es lo general, como título de imputación fundamentado en el riesgo anormal y grave que crea la Administración, sostiene la procedencia de la responsabilidad objetiva del Estado, comprometiéndolo por romper el equilibrio de la igualdad ante las cargas públicas en los diferentes campos de aplicación de este régimen de responsabilidad.

Por esta razón, hay que diferenciar la teoría del riesgo del concepto de riesgo inherente a la actividad peligrosa como tal. Este último se debe precisamente a que este tipo de actividades por el desequilibrio o la alteración en las fuerzas que genera, bien sea la actividad desplegada o la cosa en sí por la multiplicación de energía o movimiento, de esta manera más peligros de daño de los que generaría una actividad normal. Elemento éste que destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado al referirse a la conducción de vehículos automotores, donde establece que cuando se produce un daño relacionado con dicha actividad, lo que debe analizarse es si éste constituye realización del riesgo, por haberse desencadenado el potencial dañoso de la actividad, o si el resultado es ajeno al riesgo y la actividad peligrosa sólo fue causa pasiva en la producción del daño; mientras que la teoría del riesgo como tal es un factor de imputación que conlleva la aplicación de un régimen conceptual y probatorio especial, conocido como responsabilidad sin falta u objetiva; en donde el daño toma una posición determinante frente a la falla y del cual sólo se puede exonerar mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o culpa exclusiva de un tercero)<sup>216</sup>.

Para ir concretando, diremos entonces que en virtud de éste título, en reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado ha determinado la responsabilidad estatal por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la Administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general<sup>217</sup>.

Riesgo que, en definitiva, resulta materializándose en procura de mantener

---

216 Vid. MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y RAMÍREZ GÓMEZ, Andrés Armando. El Concepto de Actividad Peligrosa en el Derecho Administrativo Colombiano. En: Opinión Jurídica. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Volumen 5, Nº 9. Enero – Junio de 2006, pp. 103 – 124. p. 113.

217 República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 14 de junio de 2001. Radicación número: 12696. Consejero Ponente: Alier Hernández.



el orden público y la integridad de la comunidad, con lo que termina sacrificándose a un inocente.

La imputabilidad surge, señala el Consejo de Estado, de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>218</sup>.

Bajo tal título jurídico de imputación se considera que la antijuridicidad del daño radica en que el perjuicio o deterioro en el haber jurídico de una persona se consolida a partir de la realización de un riesgo creado consciente y lícitamente por el Estado, en cumplimiento de una función pública, daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal<sup>219</sup>, entendiéndose por tal aquel riesgo que desborda los peligros o amenazas a las que debe verse expuesto un ciudadano en desarrollo de su vida ordinaria como miembro de una sociedad civilizada o, como dice el supremo Tribunal de lo contencioso administrativo: “aquel que excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio<sup>220</sup>”.

Por lo anterior, ha precisado el Consejo de Estado que en el riesgo excepcional:

No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse,

---

218 *Ibíd.*

219 *Vid. HERNÁNDEZ, Alier. Salvamento de voto efectuado frente a la Sentencia expedida por el Consejo de Estado el 8 de agosto de 2002. Radicación número: 10952.*

220 *Ibíd. Consejero Ponente: Antonio Irrisarri. op. cit.*



deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.”<sup>221</sup>

Nótese pues, cómo la única condición admisible para excluir la responsabilidad por riesgo excepcional es la presencia de una causa extraña en la producción del daño.

Y Sobre la noción de causa extraña, nos ilustra el profesor español *García de Enterría*, quien refiriéndose al asunto en mención indica que causa extraña es un fenómeno exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista<sup>222</sup>.

En el mismo sentido, el profesor *Parra Gutiérrez*, conceptúa sobre el asunto indicando que “la causa extraña es aquel hecho irresistible, ajeno y exterior al ente oficial, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima”<sup>223</sup>.

Ahora bien, por ser de especial interés para el entendimiento de la figura en comento, precisaremos el alcance de la causal relativa al hecho exclusivo de un tercero, como excluyente de responsabilidad, aclarando que para que se presente es necesario que el hecho sea exclusivo de sus ordenadores o ejecutores, por que de lo contrario se encontraría incorporado en lo que *García de Enterría* llamaría *riesgos propios*. En efecto, sobre el particular anota el profesor *Wilson Ruíz Orejuela* que: “El daño puede ser producido por un tercero pero en razón del riesgo creado y asumido por el estado de forma consciente, el Estado se ve conminado a responder patrimonialmente”<sup>224</sup>.

Lo expresado anteriormente será confirmado por el profesor *Parra Gutiérrez*, quien refiriéndose al tema en comento, indica que: “El hecho de un tercero rompe el nexo causal entre la presunta falta o falla del servicio estatal y el daño sufrido por el particular, pero solamente cuando esa tercera persona actúa con tal autonomía e independencia del suceso, que aleja o borra contundentemente la posible actuación u omisión estatal respecto del daño generado”<sup>225</sup>.

221 Ibíd. Consejero Ponente: Alier Hernández. Radicación número: 12696. op. cit.

222 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas – Ramón. op. cit. p. 383.

223 PARRA GUTIERREZ, William. op. cit. p. 77.

224 RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad Extracontractual Frente a Estado Legislador, Medios de Comunicación, Responsabilidad Fiscal, Desplazamiento Forzado y Actos Terroristas. op. cit. p. 222.

225 PARRA GUTIERREZ, William. op.cit. p.66.



Es decir, cuando el Estado en medio de un operativo para la preservación del orden público, o el aseguramiento y protección de la comunidad actúa y genera el riesgo para los ciudadanos, deberá siempre asumir las consecuencias derivadas de la actualización de ese riesgo, por que de lo contrario le correspondería la carga al inocente que, desde luego, siempre se encontrará en condiciones más desventajosas que las del Estado, lo cual, de suyo, implicaría una flagrante ruptura del equilibrio de las cargas públicas.

Habiendo pues analizado el tema del riesgo excepcional, pasemos al siguiente título jurídico de imputación dentro del sub régimen por riesgo, esto es la producción de un daño en el marco de las actividades peligrosas.

#### 2.3.4.2.1.2 Actividades peligrosas.

Una actividad peligrosa, según *Tamayo*, es aquella que por su manejo, ejercicio y aprovechamiento implica riesgos especiales que surgen esencialmente porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles, debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos<sup>226</sup>.

Es decir, una actividad se considera peligrosa cuando de su ejercicio se pueden derivar fuerzas difícilmente controlables por el hombre. De allí la inminencia del daño, la evidente generación de riesgo que se obliga a soportar a la sociedad y de donde deriva la objetividad de la responsabilidad cuando del desempeño de éstas se desprende un perjuicio que, por supuesto, no puede ser obligado a soportarlo quien lo padece sino quien se beneficia de ellas.

Identificando tales actividades, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

[...] Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o las actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado

---

226 Vid. TAMAYO JARAMILLO, Javier. op. cit. p. 77.



por la administración para que el daño resulte imputable a ella<sup>227</sup>.

A esa identificación ha contribuido notoriamente la doctrina, y en función de ello, el profesor *Molina Betancur* efectúa un gran aporte al ubicar dentro de la noción tradicional de este tipo de actividades el uso y manipulación de sustancias peligrosas, como los combustibles, explosivos, e incluso las fumigaciones con glifosato y otras sustancias químicas nocivas. Adicionalmente se categorizan aquí la producción, conducción, manipulación y consumo de energía; el uso de vehículos terrestres y aeronaves y, finalmente, el uso de armas de fuego.

Sin embargo, agrega el referido jurista, existen unas nuevas actividades consideradas como peligrosas, y acusa como tales la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad de los establecimientos carcelarios y el servicio de atención psiquiátrica prestado por el Estado; no descartando otras como la vacunación masiva, la lucha contra el narco terrorismo y la manipulación genética<sup>228</sup>.

Ahora para redondear el tema del régimen objetivo por riesgo, analicemos el último título de imputación que dentro de este nos hemos propuesto estudiar: la realización de obras públicas.

#### 2.3.4.2.1.3 Realización de obras públicas.

Lo primero que debemos resaltar en este punto es lo dicho por el Consejo de Estado en un fallo de 1990, y fue lo siguiente:

Es bien sabido que en el caso de las acciones indemnizatorias con ocasión de trabajos públicos no es necesario probar la falta o falla en el servicio. Para obtener el resarcimiento del perjuicio en este tipo de controversia, bastará con acreditar el título en virtud del cual se presentó el actor (propietario, arrendatario, habitador, etc.) y la ocurrencia del daño producto del trabajo público<sup>229</sup>.

Lo que denota, efectivamente, el carácter objetivo del régimen dentro del cual se encuentra éste título jurídico de imputación.

227 República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 1994-6040 (11222). Consejero ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

228 Vid. MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y RAMÍREZ GÓMEZ, Andrés Armando. op. cit. pp. 114 – 115.

229 Cfr. República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de julio de 1990. Radicación número: 5492. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.



Y, en segundo término, el Consejo de Estado ha considerado que, dentro del régimen objetivo dentro del cuál se ubica éste título jurídico de imputación, el mismo se halla adscrito, específicamente, al riesgo como su fuente primaria. En efecto, ha dicho el órgano jurisdiccional de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa lo siguiente:

Antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991 y en vigencia de la Carta Constitucional de 1886 esta Sección del Consejo de Estado elaboró y desarrolló varios regímenes de responsabilidad extracontractual, según el caso.

[...] uno de ellos, el de riesgo excepcional consistente en la creación por el Estado de la contingencia o proximidad de un daño con el advenimiento de los servicios públicos, de las funciones administrativas Estatales y de la **construcción de obras públicas [...]**<sup>230</sup> subraya fuera de texto.

Y aunque dichas obras, agrega el Consejo de Estado, tienen como objeto el beneficio de la comunidad, en desarrollo de aquellos, como lo dijo la sentencia proferida el día 20 de febrero de 1989 el Estado “emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”<sup>231</sup>.

Se tiene con esto entonces, de acuerdo con dicho Tribunal, que, según esta concepción, siempre que la actividad generadora de riesgo se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de aquella puedan derivarse no deben gravar más a unos ciudadanos que a otros. No sería lógico, enuncia el órgano jurisdiccional, que al tiempo que la administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente un administrado. Es la aplicación del aforismo ‘ubi emolumentum ibi onus esse debet’, según el cual quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de éstos se deriven. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización

---

230 Ibid. Sentencia 26 de abril de 2001. Radicación número: 12917. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

231 Ibid.



de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional al patrimonio lesionado<sup>232</sup>.

Nos permite esto entonces, concluir la exposición de este apartado con la admisión de la realización de obras públicas como un título de naturaleza objetiva ubicable dentro del sub régimen de riesgo, autónomo, no subsumible dentro de otro título jurídico de imputación de los que en aquel existen, pues, *per sé* no es una actividad peligrosa en el marco de la definición que de la misma contemplamos *supra*, empero, ser generadora de riesgos. Unos riesgos propios, especiales y que, desde luego, no deben ser asumidos por otra persona distinta al que los crea.

Pasemos entonces, al siguiente sub régimen objetivo de responsabilidad, a aquel que se genera de acuerdo a uno de los principales postulados del Estado social de derecho: la solidaridad.

#### 2.3.4.2.2 Sub régimen objetivo por solidaridad y títulos jurídicos de imputación.

A propósito de la solidaridad, en un completo estudio efectuado por el profesor español *Javier de Lucas*, se aborda el análisis del concepto y sobre el tema se apunta que esta palabra es un sustantivo abstracto formado a partir del adjetivo *solidario*, derivado a su vez inicialmente de la expresión latina *in solidum*, que equivale a: totalidad, el todo<sup>233</sup>. Según *De Lucas, Bell* ha señalado como precedente la noción de *assabiyah* propuesta por *Ibn Jaldún* y definida como sentimiento del grupo que supone afecto mutuo y disposición a combatir y luchar unos por otros. Como se ve, el rasgo fundamental es la comunidad de sacrificio y riesgo, junto al afecto; se trataría de una noción que pone de manifiesto el lazo entre fraternidad y solidaridad<sup>234</sup>.

*Comte*, la define como consenso entre unidades semejantes que sólo puede ser asegurado por el sentimiento de cooperación que deriva necesariamente en la división del trabajo<sup>235</sup>.

Mientras tanto, la solidaridad es para *Durkheim*, ante todo, un hecho social

232 *Ibíd.* Consejero Ponente: Antonio Irrisarri. Expediente 4655. op. cit.

233 DE LUCAS, Javier. El Concepto de Solidaridad. México, D.F.: Fontamara, 1998. p. 13.

234 *Ibíd.* p. 14.

235 *Ibíd.* p.15.



que consiste en el consenso espontáneo de las partes del todo social, una particular conexión entre individuo y sociedad<sup>236</sup>.

Y, para *Weber*, por tal podemos entender la característica de aquellas relaciones sociales en las que la acción de cada uno de los partícipes se imputa a todos los demás. Sus elementos son las nociones de igualdad / fraternidad, junto a las de unidad / indivisibilidad frente al exterior<sup>237</sup>.

Así vista, la solidaridad se constituye en un principio a través del cual se unen las voluntades para la obtención de un interés común, superior, que implica, desde luego, ponerse en el lugar del otro; observar la realidad ajena e intervenir en ella para modificarla positivamente.

Y de esto es de lo que se trata cuando se habla de la existencia de un sub régimen objetivo de responsabilidad estatal por solidaridad, puesto que desde su perspectiva el Estado debe reparar un daño, no por que haya habido falta alguna de su parte, si no por que se hace evidente que la realidad de quien padece el perjuicio amerita, por sus especiales connotaciones, que sea la sociedad en pleno, representada jurídicamente por el Estado, la que intervenga en esa realidad para modificarla positivamente.

En efecto, señala el tribunal supremo de lo Constitucional que: el artículo 1 de la C.P., consagra como principio fundante del Estado colombiano el de la solidaridad, el cual ha dicho la Corte, "...ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad<sup>238</sup>".

Mismo que, a decir de la Corte: "vincula al Estado y a la sociedad frente a quienes se encuentren en situación de debilidad manifiesta y requieran, con carácter urgente, ayuda especial<sup>239</sup>".

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, cuando al referirse al tema ha expresado lo siguiente:

Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar

---

236 *Ibíd.* p. 16.

237 *Ibíd.* p. 17.

238 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C -394. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

239 *Ibíd.*



el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social -y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real a uno de los valores fundacionales del Estado moderno: la justicia material<sup>240</sup>.

Es por ello que el establecimiento de un régimen objetivo inspirado en la solidaridad determina que, cuando una persona sea obligada a asumir una carga superior a la que deben soportar los demás miembros de la sociedad, y ello se efectúe en el marco de una actuación encaminada a preservar la vigencia del interés general, desprendiéndose de dicha acción la realización de un daño, es deber del Estado repararlo, aún si el mismo se presentó en el marco de un funcionamiento normal de los servicios a cargo de aquel.

Derivado de lo anterior, surgen entonces diversos títulos jurídicos de imputación dentro de los cuales encontramos: el daño especial, la ocupación de inmuebles por trabajos, obras u operaciones administrativas y la contaminación por fluidos corporales, los que desarrollaremos a continuación.

#### 2.3.4.2.2.1 Daño especial.

De la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado podemos aproximarnos al entendimiento de esta figura, como aquella en la que el Estado genera daño derivado de una actuación legítima amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

Significa lo anterior, según la jurisprudencia del Supremo Tribunal de lo contencioso administrativo, que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas que aquí se presenta debe imponer a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente deben soportar los asociados en general.

---

240 República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicación número: 16696. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



Adicionalmente, es necesario que el daño que se concreta en la lesión de un interés jurídicamente tutelado debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular; pero además que exista un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que sólo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios<sup>241</sup>.

Estas características son explicadas por la jurisprudencia francesa, según Oriol Mir, de la siguiente forma: “el de la anormalidad es un requisito básicamente cuantitativo que alude a la entidad, gravedad del daño, mientras que el de la especialidad es de tipo cualitativo y hace referencia a la pertenencia de la víctima un grupo fácilmente identificable y particularmente afectado por la acción administrativa lesiva<sup>242</sup>”.

El daño especial, como título de imputación de responsabilidad estatal, es de aplicación restrictiva; únicamente puede ser utilizado en aquellos eventos en que los demás regímenes no operan, es decir, cuando no se ha producido una falla del servicio o cuando el daño no se genera por la concreción de un riesgo creado por el Estado. [...] <sup>243</sup>

#### 2.3.4.2.2.2 Ocupación de inmuebles por causa de trabajos u obras públicas.

Consagrada expresamente por la Ley 167 de 1941 de la República de Colombia, y por el Decreto 01 de 1984, código contencioso administrativo

241 *Ibíd.* Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Santa fe de Bogotá, D.C. Veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997) en el expediente No 10392.

242 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*. Madrid: Civitas, 2002. p. 185.

243 TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. *op. cit.* p. 35.



vigente hasta el año 2012, en su artículo 86, constituye, según Oliveros Tascón, una responsabilidad objetiva, en cuya configuración deben concurrir los siguientes elementos:

- 1) Que las llamadas obras civiles sean efectuadas por cuenta del Estado, directa o indirectamente.
- 2) Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social.
- 3) Que se realice sobre inmueble.
- 4) Que el daño recaiga sobre la propiedad raíz y que entre él y el trabajo exista una relación de causa a efecto<sup>244</sup>.

De otro lado, agrega *Libardo Rodríguez*, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que en este caso basta que se demuestre el derecho de dominio sobre el bien y los daños ocasionados como consecuencia de los mismos, para que sea procedente la indemnización, habida cuenta de que es un típico caso de daño antijurídico que los propietarios no están obligados a soportar aunque sea legítima la actuación de la administración, es decir, sin que sea necesario probar culpa de ésta última<sup>245</sup>.

#### 2.3.4.2.3 Contaminación por fluidos corporales.

Para el análisis de éste título jurídico de imputación, diremos, en primer lugar, que se entiende por fluidos corporales todas las secreciones o líquidos biológicos, fisiológicos o patológicos que se producen en el organismo<sup>246</sup>.

En segundo término, es evidente que el Estado, a efectos de llevar a cabo la prestación del servicio de salud, utiliza instalaciones sanitarias u hospitales públicos y dentro de los mismos se desarrollan múltiples procedimientos que implican manipulación de estos líquidos que se generan al interior del organismo humano, los cuales transportan agentes generadores de múltiples infecciones, a veces mortales<sup>247</sup>.

244 OLIVEROS TASCÓN, Adolfo, Apuntes Sobre Derecho Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. 2005. p. 203.

245 RODRÍGUEZ, Libardo. op. cit. pp. 472, 473.

246 República de Chile. Ministerio de Salud. Manual de Toma de Muestras, 2004. p. 4.

247 LÓPEZ MENUDO, Francisco. Responsabilidad Administrativa y Exclusión de los Riesgos del Progreso. Un



Como ejemplo típico de esa manipulación, aparecen las transfusiones sanguíneas, acto dentro de los cuales el intercambio de fluidos y sus agentes es directo.

De allí surge entonces la problemática acerca de ¿bajo qué régimen de responsabilidad debe ser tratado el daño generado con ocasión de los procedimientos analizados en este acápite?

La respuesta no es sencilla por que, en esta materia, son sumamente escasas las manifestaciones jurisprudenciales y doctrinarias.

Digamos que el caso que más reciente que se ha destacado en ésta área de la responsabilidad, en materia jurisprudencial, fue el de la señora Colmenares Tovar, quien recibió una transfusión sanguínea en la Clínica Palermo de Bogotá, el 6 de octubre de 1989, resultando de allí contagiada del VIH – SIDA.

El fallo fue expedido por el Consejo de Estado colombiano, en el año 2004, y allí se examinó la situación desde la óptica de la falla del servicio, es decir, se adscribió al régimen subjetivo de responsabilidad, indicando cosas como las siguientes:

Encuentra la Sala que las autoridades sanitarias encargadas del control y la vigilancia de los bancos de sangre y, concretamente, del Banco Alvarado Domínguez, incurrieron en las siguientes fallas del servicio: - Permitieron, durante muchos años, la operación del banco y, a partir del mes de enero de 1989, le hicieron entrega de varios rollos del sello nacional de calidad de sangre, incluyéndolo en el programa de control de bancos de sangre y hemoderivados, desarrollado dentro del plan nacional de control y prevención del SIDA, a pesar de que nunca se le otorgó la licencia sanitaria de funcionamiento que lo autorizaba para realizar las actividades de obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o derivados, así como su distribución y fraccionamiento, y que suponía la verificación previa de que su dotación era adecuada, sus equipos científicos capacitados y que,

---

Paso Adelante en la Definición del Sistema. Derecho y Salud. Revista de la Asociación de Juristas de la Salud Vol. 8, Número 2, Julio-Diciembre 2000. pp. 77-94. Sobre este tema, apunta el autor: “En los últimos años, los servicios sanitarios públicos en especial, se han encontrado de cara con un problema que por su amplia repercusión social ha puesto en primerísimo plano el tema de la responsabilidad de la Administración ante los riesgos del desarrollo. Y tal problema no es otro que el de la contaminación producida en hospitales públicos por transfusiones sanguíneas portadoras del virus del SIDA o de la hepatitis C, problema singular que por su magnitud ha propiciado su toma en conciencia e incluso la adopción de una solución legal concreta para ello, precisamente la que es objeto de este estudio, pero que como es obvio es extensible a otros factores de riesgo cualquiera que sea su procedencia”.



por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, el acto terapéutico no constituiría un riesgo para la salud del donante o del receptor, distinto de aquel que el procedimiento conllevara. [...] - Permitieron que el banco obtuviera la sangre de personas que recibían una remuneración, a pesar de que la sangre humana sólo podía ser donada y utilizada sin ánimo de lucro. Omitieron realizar visitas al banco, durante los años 1989 y 1990, con el fin de verificar el cumplimiento, por parte del mismo, de los requisitos y las prescripciones legales, así como las políticas señaladas por el Ministerio de Salud, especialmente las referidas al control del VIH en el país, contenidas en el Manual Operativo para Bancos de Sangre. [...] De otra parte, las tres primeras fallas indicadas son imputables, igualmente, al Ministerio de Salud, en cuanto tenía la competencia indelegable para expedir la mencionada licencia en relación con los bancos de sangre de carácter privado, que formaban parte de la Categoría A [...] Encuentra esta Sala que el cumplimiento de la política gubernamental no podía limitarse a la formulación de recomendaciones a los bancos de sangre o a la elaboración de informes estadísticos sobre la seroprevalencia en VIH. Advertida no sólo la existencia de este virus, sino de procedimientos para evitar su propagación por la vía de la transfusión sanguínea, el Ministerio de Salud estaba en la obligación de establecer y poner en práctica los mecanismos necesarios para efectuar la vigilancia y el control de las instituciones públicas y privadas encargadas de adelantarlos, y en el deber de adoptar los correctivos necesarios para que sus instrucciones fueran cumplidas. [...] Por las mismas razones, las funciones de control asignadas a los Servicios Seccionales de Salud, conforme al artículo 74 del decreto mencionado, debían ejercerse de manera activa, realizando visitas de inspección en las que se verificaran, efectivamente, los procedimientos realizados por los bancos de sangre, a fin de garantizar el cumplimiento permanente de las prescripciones legales y las políticas gubernamentales.

Por lo que termina concluyendo el fallo con la declaratoria de responsabilidad del Estado, al determinar lo siguiente:

Ahora bien, en relación con la posibilidad de imputar a las fallas del servicio anteriormente mencionadas el daño sufrido por la señora Colmenares Tovar, observa la Sala que se plantea, en este caso, el tema de la responsabilidad de la administración por omisión, concretamente en relación con el cumplimiento de su obligación de supervisar a los particulares en el ejercicio de determinadas actividades, en desarrollo de las cuales pueden causar perjuicios a otras personas.



Empero lo anterior, lo cierto es que actualmente la tendencia jurídica en la materia, apunta hacia la ubicación de la contaminación por fluidos corporales dentro del régimen objetivo.

En efecto, así lo ha reconocido, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, al señalar, en un caso de contagio de hepatitis C en el marco del servicio de salud prestado por un hospital público, lo siguiente:

En consecuencia, se entiende probado que el acto médico de la transfusión sanguínea practicada al paciente ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración puede obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración.

[...] Y como este daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio [...] por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado<sup>248</sup>.

Situación en la que queda evidenciado, según lo dicho por *Blas Orlán*, que estos casos se encuentran adscritos a un régimen objetivo de responsabilidad.

Ahora bien, la pregunta siguiente sería, ¿por qué habiéndolo ubicado en el régimen objetivo, se clasifica a la vez en el sub régimen objetivo por solidaridad?

La respuesta es clara y la encontramos en la obra de García Forero:

Dado que la solidaridad, entre la infinita gama de posibilidades que ofrece su análisis, impone la necesidad de comportarnos de tal manera que los efectos de nuestros actos tengan la menor incidencia negativa respecto de los demás, no es inaudito pensar que al Estado

---

248 Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 31 de mayo de 1999. Citado por: BLAS ORLAN, Carmen. Derecho y Salud. Revista de la Asociación de Juristas de la Salud. Vol. 16, Número 2, Julio - diciembre 2008. pp. 179 – 216.



le corresponda adoptar el mismo comportamiento, de manera que su imparable andar impacte de la menor manera a los ciudadanos o los afecte en el menor número posible, siendo que quienes aún así, y de manera inevitable resulten impactados, de todos modos no queden desprovistos de mecanismos – porque el mismo sistema jurídico los ofrece-, que les permitan obtener un adecuado resarcimiento<sup>249</sup>.

Lo anterior sucede por que salta de bulto que los efectos de una contaminación a través de fluidos corporales impone a quien la padece una carga a todas luces alteradora negativamente de la existencia humana, por lo que, si dicha carga la impone una actuación del Estado, es éste, y no la parte más débil, quien deba soportarla objetivamente. Ante lo cual, en esencia, le bastará al actor demostrar que tal contagio se presentó como producto de un procedimiento de un ente estatal, para que dicho ente sea obligado a asumir las consecuencias de su acción.

Allí radica, pues, la posibilidad de identificar la antijuridicidad del daño a través de éste título jurídico de imputación, que por ese sólo hecho, merece su elevación como título autónomo y no como un mero suceso o evento generador de responsabilidad.

Luego, para exonerarse de responsabilidad, sólo podrá el Estado acreditar los típicos eventos de ausencia de responsabilidad objetiva: el hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima o una causa extraña – fuerza mayor.

---

249 GARCÍA FORERO, Fernando. op. cit. p. 65.



## CAPÍTULO III. HACIA UN SUBSISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL LEGISLADOR.

### 3.1 Justificación de la existencia de un subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.

Hans *Kelsen*, define el ordenamiento jurídico como un sistema de normas, como la unidad de una pluralidad de normas<sup>250</sup>. En la misma línea, *Bobbio* lo concibe como un conjunto de normas<sup>251</sup>; sin embargo, y de acuerdo con *Peces – Barba*, se debe añadir a continuación, que además el orden jurídico está formado por subsistemas normativos, que se pueden definir como conjuntos de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia<sup>252</sup>.

En este contexto, habida cuenta de la explicación que se ha formulado a lo largo del presente trabajo sobre la responsabilidad como sistema, utilizaremos los mismos fundamentos dados en el párrafo precedente para justificar la existencia de los subsistemas<sup>253</sup> dentro del sistema de responsabilidad, al ser perfectamente adaptable, como veremos, la definición que de subsistema normativo se acaba de dar.

En efecto, como se demostrará, existe un conjunto de principios y reglas que regulan la responsabilidad del legislador, las cuales se encuentran integradas por un criterio unitario que les da coherencia y que permite considerarlas como no aisladas, sino como dependientes o vinculadas a partir de lo que el profesor *Prieto Sanchis* denomina relaciones lógicas<sup>254</sup>.

Durante el presente capítulo nos ocuparemos en detalle, de identificar, precisamente, esos principios y reglas sobre los cuales se erige el subsistema de responsabilidad del legislador, orientando su aplicabilidad dentro del orden jurídico colombiano.

Así, procederemos, en primer lugar, señalando el soporte lógico estructural del subsistema, para luego ocuparnos de los principios que determinan su

250 KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. op. cit. p. 109.

251 BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Madrid: Editorial Debate, 1993. p. 162.

252 Vid. PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. op. cit. p. 355. Al respecto agrega el autor lo siguiente sobre la existencia de los subsistemas normativos: “Esta constatación aumenta la complejidad de los ordenamientos y la dificultad de su análisis por el pensamiento jurídico puesto que debemos considerar el puesto o jerarquía en el ordenamiento no sólo de las normas, sino también de los subsistemas o conjuntos de normas”.

253 STONER, James y otros. Administración. México, D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana, 1996. p. 50. A manera de ejemplo, parece útil recordar que de acuerdo con este autor se entiende que los subsistemas son: “Las partes que constituyen el sistema total”.

254 PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. op. cit. pp. 107, 110.



operatividad, las reglas específicas de funcionamiento, los regímenes que son susceptibles de aplicación y, finalmente, los títulos jurídicos bajo los cuales se puede imputar la responsabilidad del Estado en el marco de los daños que ocasione éste a través de la legislación.

Observemos pues el desarrollo del plan propuesto.

### **3.2 Soporte lógico estructural del subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.**

Para la formulación de un subsistema de responsabilidad patrimonial del legislador seguiremos, como referente principal, los planteamientos ya expuestos del profesor mexicano *Pablo Larrañaga*<sup>255</sup> respecto de la forma en que se estructura un sistema de responsabilidad pues, en últimas, y como lo afirma *Stoner*, cada sistema puede ser, a su vez, un subsistema de un todo mayor<sup>256</sup>, lo que nos permite aplicar los elementos de constitución de aquellos en el funcionamiento de éstos últimos.

Así, diremos que un subsistema de responsabilidad como el que nos proponemos plantear constaría, genéricamente, de dos componentes a saber: en primer lugar la definición de una regla general de responsabilidad y en segundo término la definición de las Condiciones de Responsabilidad (CR); ambos los desarrollaremos en forma específica a continuación.

#### **3.2.1 Definición de una regla general de responsabilidad:**

Acota *Larrañaga*, como vimos *supra*, que la primera condición lógica para que un enunciado de la forma: “Dado que X es responsable de Y, X debe ser sancionado”, sea verdadero, es que se satisfaga en primera medida la siguiente circunstancia, dentro de un sistema jurídico:

- **Algunas normas del sistema jurídico (SJ) (normas de conducta) establecen que a una conducta Y y/o a la producción de un estado de cosas (Y) corresponde la sanción (S).**

Pues bien, revisado el sistema jurídico (SJ) colombiano, hallamos la siguiente disposición constitucional:

#### **ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los**

255 Vid. Capítulo II. Apartado 2.2.1.2 de éste trabajo investigativo.

256 STONER, James. op. cit. p. 50.



## **daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.**

Obsérvese pues, cómo amparados en el artículo superior en cita, podemos, válidamente, plantear que de acuerdo con el sistema jurídico colombiano es claro que:

- **Una norma del sistema jurídico (SJ) establece que ante la producción de un estado de cosas (daño antijurídico) corresponde la sanción (indemnización)**

Es decir, aparece así formulada la regla general del sistema:

- **El Estado (E) es responsable patrimonialmente (S) si y sólo si se causa por acción u omisión de sus autoridades públicas un daño antijurídico (DA).**

Por supuesto que esta regla tendría que ser necesariamente trasladada al ámbito al que se circunscribe específicamente nuestro tema de investigación, esto es, al de la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por el legislador, por lo que diríamos que la misma quedaría formulada de la siguiente manera:

- **El Estado Legislador (EL) es responsable patrimonialmente (S) si y sólo por una acción u omisión propia de su función legislativa causa un daño antijurídico (DA).**

Envuelve lo anterior un asunto básico: partimos de reconocer que el legislador es una autoridad pública -agente del Estado<sup>257</sup>- y que por tal, cualquier daño antijurídico que con su conducta [ acción u omisión- cause o de lugar a la responsabilidad patrimonial de este.

Desde luego que en este estado de cosas, y en armonía con los planteamientos efectuados, resulta de vital importancia ocuparnos del análisis del posible contenido de las acciones y omisiones que componen el actuar del legislador para, así, delimitar las posibles fuentes de responsabilidad que de ello se puedan desprender, pero eso no lo haremos aquí sino en el apartado dedicado al estudio de las reglas específicas del sub sistema.

Por ahora, pasemos al segundo componente lógico estructural del subsistema: las condiciones de responsabilidad. Observemos.

---

<sup>257</sup> Bastaría, para fundamentar tal afirmación, con la lectura del texto constitucional, en virtud del cual se dispone: TITULO V. DE LA ORGANIZACION DEL ESTADO. CAPITULO 1. DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO. ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.



### 3.2.2 Definición de las Condiciones de Responsabilidad (CR).

De acuerdo con Larrañaga, el otro requisito para que se estructure la responsabilidad de un sujeto X, en caso nuestro del Estado Legislador, es que algunas normas del sistema jurídico (SJ) establezcan que para ser sancionado el sujeto X por dar lugar a Y deben darse, algunas de las siguientes condiciones de responsabilidad (CR):

- i. X debe poseer ciertas capacidades psicológicas que le permitan conformar su conducta a las reglas de conducta;
- ii. Entre Y y una acción de X debe haber una relación causalmente suficiente.
- iii. X debe haber dado lugar a Y o debe haber alguna relación especial entre X y el agente que haya dado lugar a Y;

Recuérdese, como se dijo anteriormente<sup>258</sup>, que la elección y combinación de estos criterios, es un asunto de política legislativa que depende de los principios que regulan los distintos sectores de los ordenamientos jurídicos.

### 3.2.3 Propuesta de estructura del Subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.

Así, en el caso colombiano, del análisis del mencionado artículo 90 constitucional, es claro que para la estructuración del sistema de responsabilidad estatal y, por ende, para el subsistema de responsabilidad del legislador, se ha seleccionado, por parte del Constituyente, la aplicabilidad de los criterios *ii.* y *iii.*, precitados. Esto es, se ha dispuesto que para que exista responsabilidad del legislador es indispensable que entre Y (daño antijurídico) y una acción u omisión de X (Legislador) exista una relación causalmente suficiente. De otro lado, y como siguiente criterio condicionante de responsabilidad, es necesario que X (Legislador) haya dado directamente lugar a Y (daño antijurídico) o que exista una relación especial entre X (Legislador) y el agente que haya dado lugar a Y (daño antijurídico) como es el caso en el que el órgano legislativo titular de tal potestad autoriza a Z (gobierno) para que éste legisle<sup>259</sup> y en ejercicio de tal delegación causa un daño que quien lo padece no está obligado a soportar.

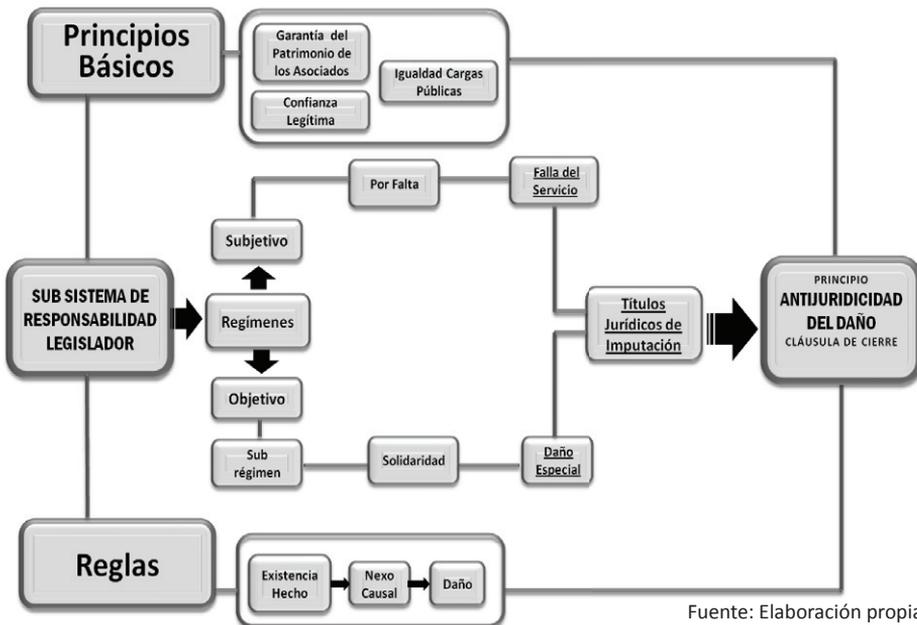
Sin embargo, sobre este punto ahondaremos cuando hablemos de las reglas

258 Al respecto Cfr. lo dicho en esta obra en el Capítulo II.

259 Al respecto, recuérdese lo dicho frente al artículo 150, numeral 10 de la Constitución Política de Colombia, donde se autoriza al Congreso para conferir facultades al gobierno en la expedición de Leyes.



específicas del subsistema. Por ahora, comencemos a hablar de la forma en que aquel se puede estructurar, utilizando como guía de tal propósito el siguiente esquema gráfico:



### 3.2.3.1 Principios que determinan la operatividad del subsistema de responsabilidad del legislador.

Como se señaló oportunamente, en el apartado *d.1, subcapítulo 1, capítulo II*, del presente trabajo investigativo, los principios que determinan la actuación del Estado y por ende de cuya infracción se puede derivar responsabilidad, son los siguientes: 1) Garantía del Patrimonio de los asociados, 2) Confianza Legítima o buena fe, 3) Igualdad o equilibrio de las cargas públicas y, 4) Antijuridicidad del daño; este último, recuérdese, opera, también aquí, como cláusula de cierre del sub sistema.

Por haber sido ya suficientemente desarrollados no redundaremos en explicaciones y, en cambio, nos limitaremos a determinar la forma en que doctrinaria y jurisprudencialmente los mismos han sido admitidos como directrices de la responsabilidad patrimonial del legislador para,



de esa forma, establecer el papel que en la estructura del subsistema de responsabilidad tienen tales directrices. Veamos.

### 3.2.3.1.1 Garantía del Patrimonio de los asociados.

Recuérdese bien que en sentido lato, la palabra *patrimonio* denota aquel “conjunto de los bienes de alguien, cualquiera que sea su origen<sup>260</sup>”. Esos bienes, como bien se sabe, de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, deben ser protegidos por todas las autoridades de la República, lo que incluye, desde luego al legislador.

Esta garantía del patrimonio de los habitantes del territorio, que como dijimos ha sido impuesta genéricamente al legislador, fue erigida como principio determinante para el ejercicio de las funciones que a aquel le competen y, por supuesto, como herramienta hermenéutica al momento de desarrollar frente a él un juicio de responsabilidad. Por lo menos así lo ha reconocido el supremo tribunal de lo constitucional cuando analizó el tema *sub examine* en el año 2006. En aquella memorable sentencia se dijo, entre otras cosas valiosas, lo siguiente:

Se plantean así diversas cuestiones a la Corte Constitucional, 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.

[...] La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como [...] **la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos**, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución<sup>261</sup>. Resaltado fuera de texto.

De la misma forma, este principio fue reconocido por la jurisprudencia del

260 Cfr. MOLINER, María op. cit. segunda acepción.

261 Cfr. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006.



Consejo de Estado en un importante fallo en el que se debatió la responsabilidad patrimonial del Legislador derivada del establecimiento de inmunidades jurisdiccionales, señalándose lo siguiente en uno de sus apartados:

**Teniendo los nacionales derecho a que se respete su integridad personal y patrimonial** y a ejercer las acciones de ley para el restablecimiento de sus derechos conculcados, en igualdad de condiciones, en el caso presente los demandantes experimentan una doble limitación por virtud del privilegio de inmunidad jurisdiccional conferido por el Estado Colombiano. De un lado porque quedan privados de la posibilidad de demandar en Colombia la reparación a que tienen derecho, en acción contra el ejecutor material del daño y de otra parte porque consecuentemente se desequilibraron las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, al imponérseles la necesidad de demandar ante la justicia del estado acreditante, lo cual sí está permitido por la Convención de Viena, salvo renuncia a la inmunidad en los términos allí establecidos, hecho que no ocurrió en este caso<sup>262</sup>. Resaltado fuera de texto.

Por lo dicho, no cabe duda entonces que la integridad del patrimonio de los ciudadanos subyace al ordenamiento constitucional como una directriz para el desarrollo tanto de la función legislativa como de la actividad administrativa y, por supuesto, para el ejercicio de la función jurisdiccional, esta última en la que se enmarca el establecimiento o declaratoria de la responsabilidad del Estado – Legislador, en nuestro caso.

### 3.2.3.1.2 Confianza Legítima.

Sobre este principio, ya explicado con suficiencia en capítulos anteriores, debe precisarse que ha venido abriéndose camino contemporáneamente en el ámbito jurídico tanto nacional<sup>263</sup> como internacional, a manera

262 Vid. República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de agosto 25 de 1998. Radicado: JJ-001. op. cit.

263 Vid. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-635 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. En esta oportunidad: “[...] la Corte reiteró que el principio de irretroactividad fiscal (art. 363 C.P.), consiste en la imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados jurídicamente, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común. En otras palabras, significa que la ley que establece un impuesto no puede aplicarse a hechos generadores ocurridos antes de su vigencia. Precisó que este principio no busca petrificar el ordenamiento jurídico ni mucho menos impedir al Congreso hacer los ajustes que considere oportunos como consecuencia del dinamismo de las instituciones sociales y la necesaria adaptación a nuevas realidades económicas. Lo que sí reclama, en concordancia con los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, es que una vez que el legislador ha establecido unas condiciones bajo las cuales los contribuyentes realizan una inversión, hacen una operación, se acogen a unos beneficios, etc. Estas no pueden ser modificadas posteriormente en detrimento de sus intereses, porque la conducta del contribuyente se adecuó a lo previsto en la norma vigente al momento de realizarse el acto correspondiente y de acuerdo con las exigencias por ella previstas. En la misma dirección, la Corte ha sido enfática



de directriz o soporte básico del accionar del legislador y, por ende, de la responsabilidad del mismo, tal como lo señala la ya citada profesora española *Alonso García*, al indicar que:

Como corolario a estas últimas decisiones favorables a la consideración en nuestro Derecho de una obligación indemnizatoria por aplicación de actos legislativos analizadas, así como en las relativas a actividades profesionales desaparecidas o limitadas por la adhesión de nuestro Estado al Ordenamiento europeo, debe señalarse que el Tribunal Supremo parece abrir una vía para proceder a la estimación de la compensación de los perjuicios causados por estos actos de ejecución de leyes que supongan una **ruptura del principio de seguridad jurídica y confianza legítima** que ha depositado el lesionado en la inmutabilidad de las normas jurídicas<sup>264</sup>. (Resaltado fuera de texto)

Según afirma la jurista en comentario, esta nueva fórmula de exigencia de responsabilidad, que tiene su nacimiento, como se mencionó antes en la Sentencia de la Corte comunitaria de 13 de julio de 1965 — asunto *Lemmerz – Werke, GmbH* —, ha sido reinterpretada por el mismo organismo jurisdiccional en el sentido de extender la aplicación de la misma al Legislador, otorgando el derecho al resarcimiento a todo particular que se encuentre en situación lesiva causada por una disposición de carácter normativo que le ha hecho concebir esperanzas fundadas en el mantenimiento de su posición jurídica.

De otro lado, agrega la profesora ibérica, hay que considerar que la consecuencia que para la inmovilización del Ordenamiento Jurídico podría suponer la generalización de esta regla ha hecho que el Tribunal tenga muy en cuenta la concurrencia de importantes factores antes de declarar el derecho del reclamante a la obtención de una reparación. Exigencias que se pueden sintetizar de la forma siguiente:

- a) Acción de fomento realizada por la Administración pública encaminada a suscitar en los particulares una esperanza fundada en el mantenimiento de una determinada posición jurídica.
- b) Perentoriedad de los plazos de ejecución de la nueva normativa, que

---

en advertir que los efectos producidos por la ley tributaria en el pasado debe respetarlos la ley nueva, es decir, que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden ser desconocidas por la ley posterior.”

264 ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 61



ha de realizarse sin la previsión de los mecanismos compensatorios o transitorios oportunos.

- c) Irresistibilidad de la medida. La imprevisión de la acción normativa para el afectado debe ser inexorable, impidiéndole evaluar y tomar en cuenta, con cierta probabilidad, sus efectos, pese a ser un agente u operador diligente.
- d) Presencia de un derecho o un interés legítimo adquirido a la permanencia de la situación, no pudiendo ser considerado como tal la simple especulación o expectativa.
- e) La no justificación de la disposición en un interés general o público prevalente que actúe como causa eximente del daño.

Por supuesto, es de aclarar, que de acuerdo a las conclusiones del estudio de la profesora *Alonso García*, la responsabilidad fundada en éste principio habrá de rechazarse cuando la Administración no proporcionó a la víctima unas seguridades concretas en orden al mantenimiento de la situación previamente establecida<sup>265</sup>, esto es, cuando lo presentado por parte de quien resulta afectado con la aparición de la Ley son meras expectativas, entendiéndose por tal: “aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho<sup>266</sup>”, sin que exista concreta y efectivamente la viabilidad de que así sea.

### 3.2.3.1.3 Igualdad o equilibrio de las cargas públicas.

Comenzaremos el análisis de este principio señalando que al momento de analizar la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos generados por Legislador, es necesario precisar, según la profesora *M<sup>a</sup> Consuelo Alonso García*, que por lo que afecta a su singularidad, el perjuicio creado, en estos casos, debe suponer una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas<sup>267</sup>.

Dicho fenómeno opera, específicamente en el campo de la responsabilidad del legislador, según lo señala *Torregroza Sánchez*, por que: con el objeto de alcanzar sus fines y conseguir su cabal funcionamiento, resulta necesario que el Estado imponga a los administrados ciertas cargas que implican un

265 *Ibíd.* pp. 110 – 111.

266 Vid. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 410 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

267 ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *op. cit.* p. 101.



sacrificio en sus personas o patrimonios, pero se exige que las mismas sean distribuidas de forma equitativa entre todos los particulares para que no resulten más gravosas en beneficio de unos y en detrimento de otros; en el evento de que resulten desproporcionadas y especialmente impuestas a un grupo determinado de individuos, se romperá el equilibrio de los administrados frente a las cargas públicas y se generará la obligación resarcitoria a cargo del Estado<sup>268</sup>.

En esa misma línea, aparece apoyando lo mencionado anteriormente *Garrido Mayol*, quien categóricamente afirma lo siguiente:

El desarrollo teórico de este principio nos lleva a sostener que cuando la aplicación de una ley genera daños a una serie de personas, lo hace en interés de la globalidad. Así pues, no se comprende por qué habrían de pagar sólo unos pocos ciudadanos por la obtención de un resultado del que todos se benefician. Es lógico, en sintonía con la institución expropiatoria, que este principio desemboque en la obligación de reparar el daño sufrido por unos a favor de los demás<sup>269</sup>.

Resulta palmario que es sólo de esta forma en la que se puede desarrollar, efectivamente en el ámbito que nos ocupa, el valor de la igualdad, pilar básico en la estructuración del Estado Social de Derecho<sup>270</sup>.

#### 3.2.3.1.4 Antijuridicidad del daño.

No volveremos a definir aquí lo que el daño antijurídico es. Esa labor ya se cumplió anteriormente<sup>271</sup>. Bastará con reiterar lo dicho por *Botero Aristizábal*: que el daño antijurídico, como principio contenido en el artículo 90 de nuestra Constitución y que determina la responsabilidad patrimonial del Estado es aplicable a todas las ramas del poder público, los entes descentralizados territorialmente y por servicios, los órganos autónomos y los particulares que desempeñan funciones públicas respecto de los daños que causen en su ejercicio<sup>272</sup>, dentro de lo cual, por supuesto cabe como objeto de regulación la conducta del Legislador.

268 TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. op. cit. p. 33.

269 Cfr. GARRIDO MAYOL, Vicente. op. cit. p. 131.

270 Vid. República de Colombia. Constitución Política. Preámbulo.

271 Vid. Capítulo II. De esta obra.

272 Vid. Al respecto lo dicho en Botero Aristizábal Felipe. op. cit. 92.



En función de lo señalado, y como forma de fundamentación, observemos lo que apunta sobre la materia el profesor *Echeverría Acuña*:

El Estado puede ser responsable al hacer las leyes. En un Estado social y democrático de derecho no hay actividad más lícita que la potestad legislativa, la cual reside en el pueblo quien la delega, mediante el sufragio en el congreso (artículo 3 C.P.). La ley goza de una presunción de legitimidad o de validez superior a la de cualquier otro acto público hasta tanto no se demuestre lo contrario en la sede constitucional a través de alguno de los procesos diseñados para el control de constitucionalidad de la ley. El legislador tiene entonces libertad de configuración y de regular o desarrollar todas aquellas materias necesarias para la existencia de la organización política (artículo 150 C.P.), obviamente en el ejercicio de esa potestad legislativa está sujeto a la constitución, al bloque de constitucionalidad representado por los preceptos, valores, principios y jurisprudencia constitucionales y, desde luego, por aquellos convenios o instrumentos internacionales debidamente aprobados por el congreso que tienen un rango supra legal (artículo 93 C.P). Sin embargo, a pesar de la presunción de legitimidad o validez de la ley y al carácter legítimo del ejercicio de la potestad legislativa, **el Estado, a través, de su órgano constitucional legislador, puede causarle un daño a algún administrado**. Es por lo anterior, que una de las facetas más complejas de la responsabilidad del Estado es aquella que se produce cuando este, en cumplimiento de su función legislativa, se convierte en agente de daños, pues **se trata de aceptar que la ley puede ser causa de perjuicios antijurídicos** para los administrados que además podrían repercutir en los ámbitos económico, político y jurídico de la sociedad<sup>273</sup>.

Según se observa, no cabe duda de dos cosas: primero que el Legislador es perfectamente capaz de ocasionar daños en razón del ejercicio de su misión constitucional y, segundo, que los perjuicios que de tal eventualidad se deriven deben tener como nota característica fundamental su *antijuridicidad* como condición *sine qua non* para la declaratoria de responsabilidad.

Finalmente, y para guardar coherencia entre el subsistema de responsabilidad

---

273 ECHEVERRÍA ACUÑA, Mario Armando. Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano por el Hecho del Legislador. En: Saber, Ciencia y Libertad. Revista del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre. Volumen 5. Número 1. Cartagena. Enero – julio de 2010. pp. 63 – 79.



del legislador y el sistema general de responsabilidad estatal, habremos de catalogar, en aquel, el principio de *antijuridicidad del daño* como lo hicimos dentro de éste último; esto es, también como cláusula de cierre o principio de clausura del subsistema; situación para cuyo entendimiento debemos, necesariamente, tener en cuenta las siguientes palabras apuntadas por el profesor *Pablo Navarro* sobre el tema:

La existencia de lagunas normativas es una cuestión contingente y depende de si las normas de un cierto sistema normativo solucionan todos los casos de un determinado universo de casos. Una manera de evitar las lagunas sería, por tanto, introducir expresa o implícitamente una solución específica para cada caso del universo de casos en cuestión (*clausura por casos*). Pero, en ciertas ocasiones, una autoridad puede *cerrar* un sistema mediante una regla de clausura que da soluciones a todos los casos que previamente no se han resuelto de manera expresa o implícita. Para aplicar la regla de clausura es necesario haber sistematizado previamente un determinado conjunto normativo y haber constatado que existe una laguna normativa<sup>274</sup>.

En el orden de planteamientos estructurado, diremos pues que la cláusula de cierre del subsistema bajo examen, se enuncia de la siguiente forma: *sin antijuridicidad del daño no existe responsabilidad del legislador*.

Bajo tal supuesto, entonces, se habrá de clausurar el sub sistema y, por tanto, cualquier caso que no halle solución específica al interior de aquel, será resuelto conforme a lo dispuesto por el principio de cierre establecido, que implica, de suyo, que al Estado - Legislador le está permitido hacer todo aquello que no sea antijurídico.

Visto lo anterior, pasaremos de inmediato a la formulación de las reglas específicas que determinan la estructura y funcionamiento del subsistema en estudio.

### 3.2.3.2 Reglas específicas de funcionamiento del subsistema de responsabilidad del Estado Legislador.

Al igual que en el sistema general de responsabilidad estatal, las reglas

---

274 Cfr. NAVARRO, Pablo E., Normas Permisivas y Clausura de los Sistemas Normativos. En: Legal Theory and Philosophy. Working Papers Series. Revista de la Universidad de Girona. Girona (España). Nº 22. 2010. p. 10.



sobre las que se erige nuestro subsistema son tres, a saber: 1) la existencia de un hecho, 2) un nexo causal y 3) la existencia de un daño. De manera sucinta pasaremos a explicarlo.

### 3.2.3.2.1 La existencia de un hecho del legislador.

Dentro de la teoría de la responsabilidad jurídica se entiende que los hechos pueden ser negativos o positivos, es decir, que se estructuran a partir de acciones u omisiones<sup>275</sup>.

Así se deduce también de la regla formulada por el artículo 90 constitucional, en la que se dispone que la responsabilidad del Estado en general, y por ende del legislador en particular, se puede engendrar tanto en una acción como en una omisión suya; por lo que pasaremos a identificar el ámbito en que unas y otras se pueden desarrollar.

#### 3.2.3.2.1.1 De los componentes funcionales del actuar del legislador.

En primer término, y como presupuesto para el desarrollo posterior del tema, diremos que de acuerdo con el profesor *Ossorio*, habremos de entender por Legislador aquella “persona u organismo que legisla”<sup>276</sup>.

Ahora bien, es claro que el ejercicio de la actividad legislativa en la mayoría de las democracias occidentales corresponde por regla general al congreso en los sistemas presidencialistas, y a los parlamentos, en los sistemas parlamentarios<sup>277</sup>.

---

275 Vid. Al Respecto el tratamiento que sobre el tema se hace en NARVAÉZ MORA, Maribel. Causalidad y Omisión en la Actuación Médica. Rompecabezas conceptual para el enjuiciamiento penal. En: *Diritto e Questione Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. Università degli Studi di Palermo*. Número 10. 2010. p. 211. Sobre este tema resaltamos lo siguiente planteado por la autora: “El problema de la dogmática continental para equiparar, a efectos de la responsabilidad jurídica, acción y omisión fue considerado por Hart y Honoré una cuestión extraña (HART y HONORÉ [1959] 1985: 449). Descripciones negativas o positivas pueden o no referirse a estados de cosas u objetos, existentes o inexistentes, y no se da ninguna relación necesaria entre descripciones negativas y sucesos u objetos inexistentes. En general creo que cuando se establecen asimetrías (apelando a aspectos ontológicos) lo que se hace es utilizar una idea de causación en la que están en juego las propiedades de las sustancias, la capacidad generativa de las ontologías microscópicas: una causalidad científica, objetiva y determinada. Entonces, claro que no puede dársele cabida a la omisión ¡por definición! Por el contrario, cuando se quiere remarcar que acción y omisión no se diferencian se utiliza el modelo de la causalidad como una relación entre hechos que se expresa en las descripciones (positivas o negativas) de tales hechos, mediante juicios causales. Todo juicio causal, en virtud de su sentido, avala contra fácticos por el significado que éste tiene”.

276 Cfr. OSSORIO, Manuel. op. cit. p. 420.

277 Sobre las notas características de los órganos legislativos en los distintos sistemas de gobierno, véase PALACIOS TORRES, Alfonso. *Concepto y Control del procedimiento Legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p.25.



En Colombia, constitucionalmente, esa actividad le corresponde por excelencia al Congreso y excepcionalmente al Gobierno Nacional<sup>278</sup>. Luego, son éstos dos órganos a quienes les corresponde el título de legislador<sup>279</sup>, por lo que procederemos a identificar las funciones que como tal les competen<sup>280</sup> en aras de aproximarnos a la delimitación de su ámbito de responsabilidad patrimonial.

Así, diremos que de acuerdo con el orden jurídico vigente<sup>281</sup> al Congreso le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

- i. Función constituyente: para reformar la Constitución Política mediante actos legislativos.
- ii. Función legislativa: para elaborar, interpretar, reformar y derogar las leyes y códigos en todos los ramos de la legislación.
- iii. Función de control político: para requerir y emplazar a los Ministros del Despacho y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado. La moción de censura y la moción de observaciones pueden ser algunas de las conclusiones de la responsabilidad política.
- iv. Función judicial: para juzgar excepcionalmente a los altos funcionarios del Estado por responsabilidad política.

---

278 Cfr. República de Colombia. Constitución Política. Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 10. 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.

279 Vid. Sobre la responsabilidad patrimonial del legislador extra ordinario, lo dicho por: MARÍN CADAVID, Luis Mario y CASTRO ZAPATA, María Elena. La Responsabilidad del Estado por los Actos del Legislador. *En*: *Holística Jurídica*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura. N° 7. Medellín. Junio de 2010. pp. 103 – 129. Especialmente sobre este punto debe resaltarse lo siguiente dicho por lo autores: “En consideración al principio de unitariedad del Estado, la función básica de legislar, corresponde al legislador y sólo al legislador, no obstante de manera excepcional y en las específicas circunstancias contempladas en la Constitución, el ejecutivo puede expedir normas con fuerza de ley. En efecto, en ejercicio de las competencias que el congreso tiene, puede conferirle al gobierno facultades extraordinarias pro tempore y para unos determinados fines, a través de los cuales, el gobierno puede dictar decretos leyes, reemplazando al legislador ordinario y asumiendo el carácter de legislador excepcional, en tales eventos sus actuaciones igualmente, son susceptibles de responsabilidad, dentro de los mismos términos señalados para el legislador ordinario”.

280 Éste análisis lo llevaremos a cabo fundamentalmente teniendo al Congreso como objeto central del mismo, por cuanto el Gobierno como legislador excepcional se encuentra regido por la Ley que otorga esas precisas facultades en cada caso.

281 *Ibid.* Congreso de la República. Ley 5 de 1992. Artículo 6.



- v. Función electoral: para elegir Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor del Pueblo, Vicepresidente de la República, cuando hay falta absoluta, y Designado a la Presidencia en el período 1992 a 1994.
- vi. Función administrativa: para establecer la organización y funcionamiento del Congreso Pleno, el Senado y la Cámara de Representantes.
- vii. Función de control público: para emplazar a cualquier persona, natural o jurídica, a efecto de que rindan declaraciones, orales o escritas, sobre hechos relacionados con las indagaciones que la Comisión adelante.
- viii. Función de protocolo: para recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otras naciones.

Nótese pues que son diversos los tipos de funciones que le corresponden al Congreso, así, y sólo a efectos didácticos, diremos que las mismas se pueden agrupar en 4 bloques: a. funciones normativas - a través de la cual se crean, modifican o extinguen leyes y se reforma la Constitución-, b. funciones de control, c. funciones electorales y d. funciones protocolarias.

En el orden de ideas expresado, es necesario diferenciar el tema de la responsabilidad patrimonial del Congreso<sup>282</sup> con el de la responsabilidad patrimonial del legislador; pues mientras la primera denominación es puramente orgánica, la segunda es sustancialmente funcional. Luego, habida cuenta de que como hemos dicho, la responsabilidad patrimonial del Estado se sistematiza a partir de un criterio funcional<sup>283</sup>, si pretendemos construir un subsistema coherente de responsabilidad del legislador, en vez de referirnos al Congreso, con la denominación de legislador nos referiremos a cualquier órgano que produzca normas generales, impersonales y abstractas, esto es leyes, y a los efectos jurídico patrimoniales que de los daños producidos por el ejercicio de la función legislativa se puedan desprender; puesto que tal como lo señala *Galiana Saura*, en la actualidad: “no hay coincidencia entre órdenes orgánicos y funciones materiales<sup>284</sup>”.

---

282 Pues al ser un órgano que cumple múltiples funciones, la responsabilidad por el ejercicio de ellas obedecerá a un específico subsistema de responsabilidad, esto es: Administrativa, Legislativa o Jurisdiccional. Vid. Al respecto lo dicho en el apartado d), del Sub capítulo 1) del Capítulo II de la presente obra.

283 Vid. Apartado d. 3. Y d.3.1, de la presente obra.

284 GALIANA SAURA, Ángeles. La Legislación en el Estado de Derecho. Madrid: Dykinson, 2003. p. 76.



En este punto, por supuesto, resulta del todo útil antes de ahondar en el desarrollo del tema, determinar lo que debemos entender por función legislativa, a efectos de dimensionar los componentes operativos de la misma.

Así, para cumplir este primer propósito diremos que tradicionalmente se ha dicho que la función legislativa consiste en la enunciación de reglas jurídicas abstractas destinadas a la regulación de las relaciones subjetivas<sup>285</sup>.

Ahora bien, nos corresponde identificar, como dijimos, los supuestos fácticos de los cuales se puede derivar, en el marco de la función legislativa, un daño antijurídico. Cosa que haremos de inmediato. Veamos.

### 3.2.3.2.1.2 Las acciones posibles en el desarrollo de la función legislativa de donde se podría derivar un daño antijurídico.

Lo primero que diremos, para abordar la identificación de las acciones que se desarrollan en el marco de la función legislativa, es que dicha función se ejercita, fundamentalmente, a través del denominado procedimiento legislativo, mismo que se define, según *Palacios Torres*, como el “conjunto de actuaciones que se llevan cabo con miras a la elaboración de una Ley<sup>286</sup>”.

Aquí radica, pues, una primera fuente fáctica de responsabilidad, habida cuenta de que en un determinado momento una irregularidad cometida durante el desarrollo de aquel, puede derivar en la pérdida de validez de la Ley expedida, gracias a los denominados vicios de forma<sup>287</sup> y, por tanto, con ello se podría crear, modificar o extinguir una situación jurídica en detrimento de alguna persona sin que tal creación, modificación o extinción, hubiera sido producida válidamente, esto es, de acuerdo con la Constitución y la Ley; surgiendo entonces la pregunta de si quien padece el detrimento ¿estaría obligado o no soportarlo?

Adicional a lo anterior, dentro del mismo ámbito, aparecería como supuesto fáctico de responsabilidad aquel en el que el legislador expide una norma contrariando el contenido de otra superior del mismo ordenamiento o una

---

285 Vid. BASTIDA, Francisco; VARELA, Joaquín; REQUEJO, Juan Luis. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel Derecho, 2009. p. 292.

286 PALACIOS TORRES, Alfonso. op. cit. p. 68.

287 Vid. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. En esta sentencia precisa la Corte que los vicios de forma hacen referencia a aquellas circunstancias en las que existen vicios (irregularidades) en el procedimiento de formación de la norma.



norma de carácter internacional que vincule a aquel, encontrándonos en este caso frente a la existencia de los llamados vicios de fondo<sup>288</sup>.

Una segunda fuente fáctica de responsabilidad del legislador sería aquella hipótesis en la que la Ley, habiendo sido producida de forma válida, impone directamente a unos individuos cargas superiores a las que deben soportar los demás ciudadanos, como es el caso de la ordenación de expropiaciones<sup>289</sup> en las que se guarde silencio frente a la indemnización correspondiente, o incluso, cuando por alguna razón se prive a alguna persona de que se le satisfaga una prestación jurídica que aparezca como derecho adquirido<sup>290</sup>.

En tercer lugar, dentro de las posibles conductas positivas del legislador con las cuales podría generarse un daño antijurídico se encuadraría aquella en la que, a través de la expedición de una Ley, se quebrantan o desconocen las expectativas legítimas que una persona pudiera tener respecto de su actividad económica o productiva<sup>291</sup>.

En cuarto lugar, como otra hipótesis fáctica generadora de daño por parte del legislador ubicaríamos aquella en la que a través de la expedición de una Ley se genera para una persona o entidad una inmunidad, amnistía o indulto que le impide a una víctima acceder a la reparación efectiva de un daño causado por aquel<sup>292</sup>. Situación ésta donde, aparentemente, el sujeto

---

288 *Ibíd.* Sentencia C-1045 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda y otros. En esta sentencia deja claro la Corte que los vicios de fondo hacen referencia a la existencia de contenidos normativos contrarios a los contenidos de la Constitución.

289 *Ibíd.* Sentencia C-031 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Para el entendimiento de los presupuestos de operatividad de la expropiación, ha dicho la Corte que: “el instituto de la expropiación descansa sobre tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad fundamento de todo Estado de Derecho, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución.” Es decir, que siempre que dicha expropiación se decreta en contravía de estos pilares, la misma constituye, respecto de quien la padece, un daño antijurídico.

290 Lo cual constituiría una clara contravención del artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

291 SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo. La vulneración a la confianza legítima ¿Una situación jurídica generadora de responsabilidad del Estado legislador? *En*: Vniversitas. ucls. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (Colombia) N° 116: 85-117, julio-diciembre de 2008. p. 89. De acuerdo con el autor citado: “La confianza legítima, supone un amparo que debe dar el juez al ciudadano, frente a una Administración Pública que ha venido actuando de una determinada manera, y que repentinamente modifica su comportamiento o forma de decidir, rompiendo la confianza del ciudadano en que la administración seguiría actuando como lo hacía originariamente bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares”.

292 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 25 de 1998. Radicado: IJ-001. Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros. Admite esta modalidad de responsabilidad estatal el Consejo de Estado, indicando 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



pasivo del daño sería injustamente obligado a soportarlo gracias a la orden impartida por el Legislador.

Ahora bien, si aquellas hipótesis del actuar positivo del Estado recogen genéricamente los distintos eventos hasta ahora reconocidos como fuente de responsabilidad del Legislador, lo cierto es que como lo afirma el maestro uruguayo *Sayagués Laso*, la cuestión ofrece diversos aspectos que es necesario estudiar separadamente.

En efecto, agrega el importante tratadista referido, la cuestión hay que examinarla frente al legislador y frente al juez:

- Frente al legislador, para determinar qué puede hacer éste al considerar una ley que ocasione perjuicios:
  - i) Reconocer expresamente la obligación de indemnizar
  - ii) Negar dicha obligación
  - iii) Guardar silencio sobre el punto, dejando librado a los jueces la decisión en cada caso concreto.
- Frente al juez, a fin de establecer:
  - i) Si ante el silencio del legislador puede declarar la existencia de dicha responsabilidad
  - ii) Cuáles son sus facultades frente a textos legales que nieguen o limiten el derecho a la indemnización<sup>293</sup>.

Situaciones que, desde luego, serán resueltas con base en los análisis que a continuación procederemos a desarrollar.

Por ahora, ocupémonos del siguiente componente del actuar propio de la función legislativa pero en el plano negativo.

---

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.

293 SAYAGUÉS LASO, Enrique. op. cit. p. 594



### 3.2.3.2.1.2.3 Las omisiones dobles en ejercicio de la función legislativa.

Cuando hablamos de omisiones legislativas, nos referimos, en términos del profesor español *Aguiar de Luque*, a: “la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”<sup>294</sup>

Según éste profesor ibérico, la ilicitud de la omisión legislativa radica, sustancialmente en que:

[...] tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar. Así lo ha apreciado en determinados supuestos la jurisdicción constitucional alemana, como de modo específico la constitución portuguesa y yugoslava o en el plano doctrinal CONSTANTINO MORTATI<sup>295</sup>.

Nótese pues, que existirá omisión legislativa en aquellos casos en que el legislador soslaye el cumplimiento de un mandato a él impartido por el Constituyente.

No se trata de una laguna normativa, pues a diferencia de ésta, la omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación expresa o implícita de desarrollar una disposición o principio constitucional<sup>296</sup>, es decir, de la inobservancia de un mandato al legislador.

Para precisar lo dicho, es necesario indicar que la figura del mandato al legislador, en consonancia con lo señalado por *Aguiar de Luque*, hace referencia a aquellos preceptos constitucionales que imponen al legislador la emisión de una norma (o conjunto de normas) que discipline algún aspecto del texto constitucional que allí se encuentra tan sólo delineado en sus rasgos generales.

La necesidad de desarrollo de los preceptos constitucionales por vía legal,

---

294 AGUIAR DE LUQUE, Luis. El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa. En: Revista de Derecho Político. Madrid. Número 24, 1987. pp. 9 – 30.

295 Ibíd. p. 25.

296 Vid. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Las omisiones Legislativas y los Derechos Prestacionales. En: Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Santiago de Chile. Número 1. 2003. pp. 179 - 186.



apunta el profesor referido, es una exigencia casi inseparable de las normas constitucionales dada su condición de normas incompletas lo que, sin embargo, no ha de conducir a una reducción de su valor normativo.

Sin embargo, existen ocasiones en que esa necesidad de desarrollo legislativo es sentida de modo especialmente intenso por el constituyente, que convoca al legislador a esa labor de desarrollo en términos rotundamente imperativos, dejando en principio deferida la plena virtualidad del precepto constitucional al cumplimiento del mandato<sup>297</sup>.

De otro lado, y para delimitar aún más la figura de la omisión legislativa, es preciso anotar que la doctrina italiana distingue entre omisión absoluta y omisión relativa. La primera se produce cuando falta todo tipo de actuación normativa destinada a aplicar el precepto constitucional, mientras que se está en presencia de la segunda cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley. Es decir, ésta deriva de actuaciones parciales de aquel al disciplinar una materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras análogas<sup>298</sup>.

Del mismo modo, acota *Hernández Valle*, se pueden presentar omisiones relativas en aquellos casos en que el legislador, al prohibir una determinada actividad que había sido válida hasta ese momento, olvida introducir disposiciones transitorias que reglamenten o respeten los derechos adquiridos de quienes los habían ejercido anteriormente<sup>299</sup>, lo que a lo sumo podría entrar a comprometer la integridad del principio de confianza legítima, ampliamente estudiado.

En el ámbito jurisprudencial colombiano, la Corte Constitucional se ha referido al tema indicando que las omisiones legislativas se presentan en los siguientes casos de inactividad del legislador:

- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;
  
- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;

---

297 AGUIAR DE LUQUE, Luis. op. cit. p. 27.

298 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. op. cit. p. 181.

299 *Ibid.*



- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

El primero de los casos anteriores corresponde a la omisión legislativa absoluta. Los demás configuran formas de omisión legislativa relativa, en donde cabe el pronunciamiento de la Corte por cuanto la norma, por incompleta, desconoce el derecho a la igualdad o la garantía del debido proceso o de otro derecho fundamental<sup>300</sup>.

En el orden de ideas esbozado, queda claro, pues, que en el marco de la función legislativa, es perfectamente posible y además admitido por la doctrina y la jurisprudencia que se presente la figura de la omisión. El punto clave de esta disertación, por ser el objeto de la presente investigación, consiste en determinar en qué casos puede plantearse dicha conducta negativa del legislador como generadora, a su vez, de un daño antijurídico y, consiguientemente, los niveles de responsabilidad patrimonial de aquel por la producción del eventual detrimento.

Y para resolver este interrogante, será necesario indicar que doctrinaria y jurisprudencialmente la tendencia está dirigida a admitir un control jurisdiccional sólo sobre las omisiones legislativas relativas, quedando por fuera de tal ámbito entonces las omisiones absolutas. Así por lo menos se deduce del serio estudio efectuado por el profesor *Sarmiento Erazo*, en el que apunta lo siguiente con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Podríamos concluir entonces que, la Corte intenta respetar la autonomía e independencia del Congreso, y por tanto, “no toda actividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional”. Así, “cuando se cuestiona la legitimidad de la actividad congresional por incurrir en presuntas conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo

---

300 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 780 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



tiene lugar, sí y sólo sí, cuando la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta<sup>301</sup>.

Situación ésta que es reiterada posteriormente en el trabajo del profesor *Sarmiento*, cuando afirma que:

[...] presentamos a la omisión legislativa absoluta como un hecho constitucionalmente reprochable pero, debido a las características propias de nuestra Carta Fundamental y la teoría de la inmunidad de los derechos constitucionales y de operatividad y autoejecución de algunas de sus disposiciones, de la que ya hemos hecho mención, la configuración de un daño antijurídico indemnizable es ciertamente difícil<sup>302</sup>.

En concordancia con lo anterior podemos ratificar perfectamente lo dicho y es que, en materia de omisiones legislativas, sólo las relativas pueden ser generadoras de un daño cierto susceptible en un momento determinado de ser catalogado como antijurídico. Omisiones que como vimos pueden ser definidas como aquellas que “se verifican cuando una norma desarrolla la Carta Fundamental de manera parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista de la misma constitución”, de donde se deriva, por tanto, la creación, modificación o extinción de una situación jurídica concreta y al amparo de la cual nace un perjuicio que el asociado no está obligado a soportar.

Pasemos ahora al análisis de la siguiente regla de nuestro subsistema, aquella en la que se considera imperioso que exista una relación de causa y efecto entre el hecho –positivo o negativo– del Legislador y el detrimento concreto, cierto y evaluable que padece la persona.

3.2.3.2.2 Un nexo causal entre la conducta del Legislador y el perjuicio causado.

La existencia de un nexo causal o de una relación de causalidad, entre el hecho del legislador y el daño producido al asociado, aparece pues como una de las reglas básicas en el subsistema de responsabilidad formulado.

Como bien se sabe, ello implica que para la declaratoria de responsabilidad

301 Cfr. SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. Responsabilidad Patrimonial del Estado por Omisión Legislativa. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010. p. 60.

302 Ibid. p. 80.



es indispensable que el hecho, positivo o negativo del legislador, pueda ser considerado como causa del daño presentado<sup>303</sup>. Frente al tema ha precisado el Consejo de Estado que:

En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas... Prácticamente importa excluir la responsabilidad por circunstancias que, según su naturaleza general y las reglas de la vida corriente, son totalmente indiferentes para que surja un daño de esa índole y que, sólo como consecuencia de un encadenamiento totalmente extraordinario de las circunstancias, se convierte en condición del daño. Así, pues, se labora con un cálculo de probabilidades y sólo se reconoce como causa, aquella condición que se halla en conexión adecuada con un resultado semejante<sup>304</sup>.

En ese orden de ideas, y en armonía con el máximo órgano de lo contencioso administrativo, debe precisarse también que, conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado<sup>305</sup>.

Es notorio pues, que la jurisprudencia del Consejo de Estado viene aplicando la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata<sup>306</sup>.

Dicho lo anterior, plantearemos el funcionamiento del subsistema de responsabilidad del Legislador a partir de un nexo de causalidad entre el hecho de aquel y el daño producido, basando su verificación en la teoría de

---

303 Vid. CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982. p. 410. Al respecto aporta el autor la siguiente definición útil para sustentar lo dicho: "El lazo o vínculo de causalidad es la relación entre un hecho y el perjuicio que le es imputado".

304 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 11 de 1997. Radicación número: 11764. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

305 <sup>305</sup> *Ibíd.* Sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002). Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. 12789.

306 *Ibíd.* Sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011). Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez. Radicación: 19155.



la causalidad adecuada, que ha sido considerada por el Consejo de Estado y explicada así:

Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño<sup>307</sup>.

Queda claro así, que la declaratoria de responsabilidad del Legislador tendrá como condición *sine qua non* que la expedición de la Ley o la omisión de tal deber, pueda ser considerada como causa directa y adecuada jurídicamente de la producción del detrimento ocasionado.

No podrá argüirse en este caso, la influencia indirecta del mandato del legislador en el proceso de producción del resultado dañoso, pues en tal evento, la responsabilidad recaerá sobre aquel órgano que actúe en cumplimiento de lo ordenado por la Ley, lo que implica, de suyo, que será otro el subsistema al que tendremos que acudir para realizar el juicio de responsabilidad, esto es, ora a la responsabilidad jurisdiccional, ora a la responsabilidad administrativa.

### 3.2.3.2.3 La existencia de un daño causado por el Legislador.

Finalmente, pasemos a examinar la última regla del subsistema que estamos examinando, a partir de la cual se demanda la existencia insustituible de un detrimento como condición para que haya declaración de responsabilidad del Legislador.

El profesor *Romero Díaz*, plantea que existe un daño cada vez que un individuo sufre una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que gozaba, siempre que estos sean lícitos. A renglón seguido, y citando a *Walsmann*, define el daño como el “perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, en forma de pérdida o menoscabo de determinados bienes patrimoniales”<sup>308</sup>.

---

307 *Ibíd.*

308 *Vid. ROMERO DÍAZ, Héctor. Responsabilidad Civil General y del Notario. Bogotá: Ediciones Jurídicas del Profesional, 2000. p. 16.*



En complemento de lo enunciado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha planteado que “el daño indemnizable es el cierto y debe ser una consecuencia necesaria y directa del hecho que lo origina y si bien su reparación debe comprenderlo en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, su cuantificación debe hacerse a partir de datos incontrovertibles acerca de la efectiva pérdida sufrida<sup>309</sup>.

El carácter cierto del daño, opera pues, como factor determinante para su configuración, y con ello, se quiere significar que el daño para ser indemnizable además de estar radicado en cabeza de un sujeto de derecho, debe producirse real y efectivamente, de manera concreta. A *contrario sensu*, señala el citado profesor *Romero*, los daños infundados o hipotéticos que no fueren reales, no son perjuicios en sentido jurídico. Así ocurre con los denominados daños eventuales, los que por ser apenas expectativas, se tornan en algo gaseoso, imaginario, que pueden ser o no ser, caso en el cual, por carecer de certeza no generan responsabilidad alguna<sup>310</sup>.

En atención a lo expresado, queda claro, que el hecho del legislador debe tener como resultado la producción de un perjuicio indemnizable, si se quiere, por supuesto, que se declare su responsabilidad; perjuicio, que como se dijo al momento de exponer el sistema general de responsabilidad del Estado, debe ser cierto y cuantificable.

### 3.2.3.3 Regímenes susceptibles de aplicación dentro del subsistema de responsabilidad del legislador.

Habida cuenta de que, como se dijo, el Constituyente del 91 estatuyó la responsabilidad basada en la noción de antijuridicidad del daño, la calificación de la conducta generadora del mismo, como lícita o ilícita, con falta o sin falta, pasó a un segundo lugar. De ello se deduce, de manera diáfana, que en el caso que nos ocupa, esto es, del subsistema de responsabilidad del legislador, la misma podrá declararse al amparo tanto de un régimen objetivo, como de un régimen subjetivo.

---

309 *Ibíd.* Sentencia de veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo. Radicación: 5945.

310 *Vid.* ROMERO DÍAZ, Héctor. *ibíd.*



Así lo confirman Arenas y Jiménez<sup>311</sup>, al sostener que:

Todo lo que se ha explicado sobre el artículo 90 de la Constitución y por ende del daño antijurídico, revela que la responsabilidad del Estado colombiano se produce independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta estatal y se deriva de la antijuridicidad del daño. De ahí que se pueda afirmar, como ya lo hizo el Consejo de Estado, que la declaración de responsabilidad por el hecho de la ley no se circunscribe a normas inconstitucionales.

Cuando el Estado ha expedido una norma válida y esta ha causado perjuicios, se está frente a una actuación legítima del Estado, ausente de falla, lo cual lleva a encuadrar la responsabilidad que surge bajo estas circunstancias en el régimen de responsabilidad objetiva.

Luego, es claro que siendo admisible tanto el régimen objetivo como el subjetivo dentro del subsistema de responsabilidad del Legislador, nuestro interés debe centrarse ahora en identificar dentro de ellos, cuáles títulos jurídicos de imputación pueden resultar aplicables para la determinación de la antijuridicidad del daño.

A continuación nos ocuparemos de tal labor.

3.2.3.4 Títulos jurídicos bajo los cuales se puede imputar la responsabilidad del Estado en el marco de los daños que se ocasionen por el hecho del legislador.

Como se ha insistido en múltiples ocasiones a lo largo del presente trabajo investigativo, los títulos jurídicos de imputación son las razones por las cuales el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que ocasiona.

En el marco de la función legislativa, hemos identificado preponderantemente la admisión de dos títulos: el primero la falla del servicio, ubicado dentro del régimen de responsabilidad con falta y, el segundo, el de daño especial, dispuesto al interior del régimen objetivo y, dentro de éste, en el sub régimen de solidaridad, tal como veremos y sustentaremos subsiguientemente.

Sin embargo, nos corresponde obligatoriamente justificar aquí por que no

---

311 Vid. ARENAS URIBE, Carolina y JIMÉNEZ USCÁTEGUI, Mariangela. La Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador. Tesis para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2001. p. 109.



son aplicables los demás títulos jurídicos de imputación con los que cuenta el sistema general de responsabilidad estatal. Esto es, específicamente, aquellos que pertenecen al régimen objetivo - sub régimen de riesgo- y que corresponden, en su orden a: actividades peligrosas y riesgo excepcional.

Lo primero que diremos es que, como se explicó oportunamente<sup>312</sup>, las actividades peligrosas son aquellas que por su manifiesta peligrosidad intrínseca, su manejo, ejercicio y aprovechamiento implican riesgos especiales para las personas, al estar en condición de desatar fuerzas difícilmente controlables por el hombre.

La función legislativa, directamente, nunca podrá ser clasificada dentro de esta categoría de actividad peligrosa, y hacerlo sería desnaturalizarla, puesto que aquella se reduce, estrictamente, al acto de legislar, lo que de suyo no implica peligro alguno.

De otro lado, evidentemente no resulta así de fácil resolver el asunto, por los menos en su tratamiento y descarte como título jurídico de imputación frente al legislador, en aquellos casos en los que es la Ley la que autoriza la realización de éste tipo de actividades y con ellas se causan daños y quien los produce no cuenta con las condiciones económicas para su reparación.

Sin embargo, el tema podría resolverse de una manera reposada señalando que aunque es el Legislador quien autoriza el desarrollo de este tipo de actividades, lo cierto es que su control y vigilancia le corresponde a la Administración, por eso, cualquier iniciativa de enjuiciamiento debe realizarse sobre la conducta de ésta última y no sobre el ejercicio de la función legislativa. Al menos eso podemos deducir de lo dicho por el Consejo de Estado cuando, tratando un caso de daños por la realización de una obra civil, actividad que por cierto es peligrosa, y que contaba con licencia para su construcción, expresó lo siguiente:

La responsabilidad por el otorgamiento de una licencia de construcción se extiende al control y vigilancia de la obra durante su ejecución, en defensa del espacio público, el ambiente y de los intereses de la sociedad, tal como lo prevé el artículo 61 del decreto 2150 de 1995 y,

---

312 Recuérdese lo dicho anteriormente en: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y RAMÍREZ GÓMEZ, Andrés Armando. El Concepto de Actividad Peligrosa en el Derecho Administrativo Colombiano. p. 113.



en el caso concreto, el municipio de Popayán no probó el cumplimiento de tales funciones, en relación con la construcción del inmueble de que trata el expediente, a pesar de que tenía a disposición los planos del proyecto y la memoria de los cálculos estructurales que le permitían establecer si la ejecución de la obra requería de medidas de seguridad complementarias; sin embargo, el municipio sólo procedió a autorizar las medidas de protección cuando el constructor lo solicitó y luego de ocurrida la tragedia.

[...] La previsión de los riesgos que una construcción pueda representar para el espacio público y la seguridad de los transeúntes, corresponde a la Administración y no a los particulares afectados<sup>313</sup>.

Ahora bien, si no es admisible la responsabilidad del Legislador por actividades peligrosas, mucho menos será posible declararle responsabilidad bajo el título de riesgo excepcional, máxime por que, como se anotó en el capítulo II de este trabajo, dentro de este título encajan aquellas actividades u operaciones administrativas que se realizan para preservar el orden público y en cuyo desarrollo se sacrifican los derechos de un inocente.

En conclusión, como vimos, todos los títulos jurídicos de imputación del subsistema de riesgo –lo que también es predicable de los títulos de imputación del subsistema de responsabilidad por solidaridad distintos al daño especial, es decir, contaminación de fluidos y ocupación permanente o temporal de inmuebles- implican un proceder práctico, operativo, por parte del Estado, cosa que como se sabe, es extraña a la función legislativa, habida cuenta de que la misma se limita a la producción de normas abstractas.

Habiendo hecho tales precisiones, ahora si pasemos al análisis de los títulos de imputación admisibles, primero dentro del régimen subjetivo y luego dentro del régimen objetivo. Observemos.

#### 3.2.3.4.1 La Falla del Servicio Legislativo.

Explicando el origen de este título jurídico de imputación dentro de lo que hemos llamado *subsistema de responsabilidad del Estado Legislador*, la profesora española *María de los Ángeles Ahumada*, trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, y apunta lo siguiente:

---

313 Cfr. República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación: 17.380. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.



Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos —leyes— quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-Legislador puede tener... origen en la inconstitucionalidad de la Ley.

Por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado... Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles<sup>314</sup>.

Ésta doctrina, señala la citada jurista, funciona a partir de la idea de que toda declaración de inconstitucionalidad de una ley es confirmación de que hubo un funcionamiento anormal —falla del servicio<sup>315</sup>— en el ejercicio de la potestad legislativa y que, por principio, nadie tiene la obligación jurídica de soportar perjuicios derivados de la aplicación de leyes que, aunque en el momento de su aplicación —por necesidad— aún no habían sido declaradas inconstitucionales, eran inconstitucionales<sup>316</sup>.

Podemos entonces, en orden de lo expresado plantar la existencia, como título jurídico de imputación, de la falla del servicio legislativo. Empero, de acuerdo con *Franco y Góngora*, conviene en adelante hablar de *Falla en la función legislativa*, dado que, a pesar de tener similitudes técnicas con el régimen de Falla del servicio administrativo, es mejor distinguirlos terminológicamente por las características especialísimas de que goza el primero<sup>317</sup>.

La Falla en la función legislativa, agregan los analistas en cita, es toda falta a las obligaciones constitucionales del legislador en ejercicio de su función

---

314 AHUMADA RUÍZ, María de los Ángeles. Responsabilidad Patrimonial del Estado por Leyes Inconstitucionales (o el Derecho a no ser perjudicado por una Ley Inconstitucional). *En*: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Número 62. Mayo – Agosto. 2011. p. 302.

315 El concepto de falla del servicio legislativo fue utilizado en la aclaración de voto frente a la Sentencia expedida dentro del proceso N° IJ-001. op. cit.

316 *Ibíd.* p. 303.

317 FRANCO RODRIGUEZ, Paola y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La Responsabilidad del Estado Legislador en los Eventos de Sentencias Moduladas. Trabajo de Grado para Optar al Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. 2001. p. 80.



legislativa, declarada como tal por sentencia de inconstitucionalidad.

Así, precisan que no sólo incurre en falla el legislador cuando profiere una Ley inconstitucional, sino también cuando omite hacerlo teniendo un mandato de la Constitución de regular una materia específica (inconstitucionalidad por omisión).

La responsabilidad del Estado por Falla en la función legislativa, de acuerdo con la investigación efectuada por estos autores, se sustenta en el deber estatal de garantizar a los ciudadanos la efectiva realización de los mandatos y derechos que la Constitución incorpora; su fundamento filosófico es el Estado Social de Derecho; el principio jurídico que la gobierna es la supremacía de la Constitución; y se configura sólo ante la declaratoria de inexecutableidad de una Ley o la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión<sup>318</sup>.

En resumen, son cinco las características de la responsabilidad del Estado por una Falla en la función legislativa, a saber:

- i) El Hecho dañoso es la expedición de una Ley o la omisión del legislador de expedir una, cuando la Constitución lo manda.
- ii) La condición para la operancia de este título de imputación del hecho dañoso al Estado es la declaratoria de inexecutableidad de la Ley o la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión –la falla-.
- iii) El daño causado al particular implica lesión o perturbación de un bien protegido por la Constitución, por lo que no está en la obligación de soportar el perjuicio (el daño debe ser antijurídico).
- iv) Entre la Falla en la función legislativa y el daño debe haber relación de causalidad. Sólo habrá obligación de indemnizar si la Ley (u omisión) inconstitucional es la causa directa del daño.
- v) No basta la relación de causalidad. Para que el daño sea imputable al Estado es necesario probar que el perjuicio se derivó de la específica tacha de inconstitucionalidad. Cualquier otro daño que haya ocasionado la aplicación de la Ley, sin relación con el vicio de inconstitucionalidad, en principio no es indemnizable por no constituir propiamente Falla<sup>319</sup>.

---

318 *Ibíd.*

319 *Ibíd.* p. 81.



Al presentarse los requisitos que se acaban de expresar, se darían las condiciones necesarias para la declaratoria de responsabilidad estatal bajo el título jurídico de imputación de falla en la función legislativa.

Sin embargo, esta tesis no es del todo pacífica en su aceptación pues se argumenta que la función legislativa no es encuadrable dentro del título de imputación analizado. En efecto, *García de Enterría* indica que, en el caso español, “el Tribunal Constitucional ha precisado que este concepto de ‘servicios públicos’ no incluye, en modo alguno, la función del legislador<sup>320</sup>”, luego, al no ser un servicio público, las fallas que el legislador cometa no serían atribuibles dentro del concepto de servicio.

Dicha objeción, no sería aplicable en el ámbito jurídico colombiano, por ejemplo, debido a que la noción de falla del servicio ha sido explicada con absoluta claridad por el Consejo de Estado, indicando lo siguiente:

Es conveniente advertir que cuando se habla de falla o falta del servicio no se está haciendo alusión a la vieja noción de servicio público, entendida como “la actividad de una persona o de un organismo público tendiente a satisfacer una necesidad de interés general”, sino a cualquiera actividad que desarrolle la administración o que deba desarrollar por razón de su naturaleza y fines<sup>321</sup>

Nótese pues que se dan actualmente todos los presupuestos para admitir la existencia del título jurídico de imputación en comento y que, además, existen los elementos doctrinales y jurisprudenciales suficientes para su aplicación.

Sobre el tema bastaría agregar que cuando la falla en la función legislativa se da por la expedición de una Ley irregularmente, se hace necesario conocer en detalle los alcances de la sentencia que declara la respectiva presencia de vicios de forma o de fondo que, por cierto, son de la más variada calidad, según lo señala *Quinche Ramírez*<sup>322</sup>.

320 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. op. cit. p. 405.

321 República de Colombia. Consejo De Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de julio de 1989. Radicación Número: 5446. Consejero Ponente: Gustavo De Greiff Restrepo.

322 Vid. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La Elusión Constitucional, una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. pp. 29 – 30. Al respecto señala el autor lo siguiente: “[...] La doctrina constitucional ha hecho un uso técnico de la expresión “elusión”, en los casos de ejercicio de control constitucional al examinar vicios de forma durante el trámite legislativo, hasta el punto de construir el concepto de elusión legislativa, que designa la ocurrencia de prácticas legislativas concretas, en las que se presenta la evasión de debates y votaciones durante el trámite de los proyectos de ley. Igualmente se refiere a aquellos casos en los que habiéndose surtido formalmente el debate y la votación, resultan aprobados temas adheridos durante el trámite, respecto de los que fue intencionalmente evitada la discusión material, de modo tal, que opera la maniobra de mimesis u ocultamiento de algunos temas a la postre aprobados sin el debido debate y control [...] la elusión legislativa corresponde a la identificación hecha por la Corte, de prácticas



A propósito, sobre los vicios de forma es claro, según el profesor *Palacios Torres*, que se pueden presentar debido a la infracción de los principios rectores del procedimiento legislativo<sup>323</sup> y, dentro de ellos el más importante: el principio democrático<sup>324</sup>, que se concreta, a su vez, en la presencia, frente al procedimiento legislativo, de unos presupuestos y de unos actos preparatorios que resultan de gran trascendencia al momento de determinar la constitucionalidad de la producción de la Ley.

Respecto de los presupuestos del procedimiento legislativo, y sólo a manera de información, diríamos que vendrían a ser todos los elementos que deben presentarse con anterioridad a determinadas actuaciones que lo componen, y que tienen por objeto crear las condiciones para que éstas se realicen de la manera prevista por el ordenamiento jurídico. Son, según *Palacios Torres*, requisitos formales externos al acto y pueden ser clasificados en a) subjetivos y b) objetivos<sup>325</sup>, veamos una breve explicación de los mismos.

#### a) Presupuestos Subjetivos:

Son llamados así por el profesor *Eliseo Muro*<sup>326</sup>, se encuentran relacionados con la formación y funcionamiento de las cámaras. Esto es, atienden a la elección de los miembros del órgano legislativo, la Instalación de sesiones

---

irregulares durante el trámite de los proyectos de ley, distintas a los vicios de forma usuales, en la articulación de una maniobra aparente y formalmente válida, pero materialmente inconstitucional”.

323 El primer principio rector es el Debido Proceso Legislativo, que se desdobra, entre otros, en los siguientes principios deducibles del cuerpo constitucional:

1- Principio de la publicidad y de la transparencia. Es necesario conocer previamente a la votación los textos sometidos a consideración de los parlamentarios. ((Art. 157 numeral 1° de la C.N)

2- Principio de la unidad de materia. Los temas tratados en los proyectos de ley deben tener armonía y ser coherentes. (Art. 158 y 169 de la C. N)

3- Principio de la identidad relativa. Las plenarias pueden introducir al proyecto las modificaciones, supresiones y adiciones que juzgue necesarias. No obstante esos cambios deben guardar estrecha relación con los diversos temas debatidos y aprobados en sesiones y debates anteriores. (Art. 160, inciso 2°, C.N.)

4- Principio de consecutividad. El proyecto discutido debe respetar los distintos pasos del proceso legislativo, incluyendo las publicaciones del caso. (Art. 157 C. N.)

5- Principio de la racionalidad deliberativa y decisoria. Los proyectos deben ser discutidos y debatidos. Combate esta norma el llamado “pupitrizo” o la negativa a discutir los proyectos. (Art. 160, incisos 1, 3, y 4 de la C. N.)

324 Vid. PALACIOS TORRES, Alfonso. op. cit. p. 282. Sobre el concepto e importancia del principio mencionado señala el profesor colombiano lo siguiente: [...] Cuando se habla de principio democrático se quiere decir que dentro del procedimiento de elaboración de una ley hay formas de aplicación de la democracia que resultan vinculantes, en cuanto aportan el sentido a la elaboración de la ley. Si miramos desde dentro el procedimiento legislativo, lo más importante para calificarlo de democrático es la participación en condiciones de libertad e igualdad de los miembros de la cámara legislativa [...] Los beneficios de un procedimiento desarrollado en estas condiciones no sólo importan a los miembros de la cámara, sino que dotan de un significado sustancial a la ley, y en esta medida interesan a toda la sociedad, que encuentra en la correcta realización del *iter legis* la confirmación de los postulados que el Estado democrático impone a la elaboración de la ley.

325 *Ibíd.* p. 57 y ss.

326 Vid. MURO RUIZ, Eliseo. Algunos Elementos de Técnica Legislativa. México, D.F.: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. pp. 158 -159. De acuerdo con éste autor los elementos subjetivos del acto legislativo: “son la competencia y la legitimidad jurídica para realizar un acto legislativo”.



y la iniciación y desarrollo de las funciones (v.gr. toma de juramento).

En ese orden de ideas y conforme a tales presupuestos, por ejemplo:

- Deberá declararse inválida la Ley que no hubiese podido ser expedida sin la participación de los congresistas elegidos irregularmente.
- Deberá invalidarse la ley cuya aprobación haya dependido del voto de un número de congresistas que se hallaren incurso en inhabilidades e incompatibilidades.

De otro lado, respecto de los presupuestos subjetivos relacionados con el funcionamiento de la Cámara respectiva, explica *Palacios Torres* que estos son requisitos que resultan esenciales para atribuir a sus decisiones el carácter de actos que expresan la voluntad del Estado: verbigracia, la convocatoria a sesiones, la inclusión en el orden del día del proyecto a debatir y aspectos como la satisfacción del Quórum.

#### b) Presupuestos Objetivos.

Son aquellos que imponen el cumplimiento de un requisito como condición previa al debate sobre una Ley, por ejemplo:

- En las Leyes sobre otorgamiento de facultades al gobierno, sólo se debaten si las facultades son solicitadas por el gobierno.
- Tiempo entre Debates (ver art. 160. C.N.)
- Aquellos que imponen condiciones o requisitos previos para la aprobación de la Ley: como en el caso de aprobación por determinadas mayorías, los límites temporales de la discusión del proyecto de ley<sup>327</sup>. Ver art. 162 C.N

Finalmente, tal como se mencionó *supra*, otro aspecto que resulta condicionante al momento de examinar la regularidad en la producción de la Ley –y distintos a los presupuestos-, son los llamados actos preparatorios, entendiéndose por tal, aquellos requisitos que deben cumplirse en el proceso de elaboración del texto del articulado que será presentado ante las Cámaras como proyecto de Ley<sup>328</sup>. Estos son pre procedimentales aunque,

327 Vid. A título ilustrativo: República de Colombia. Constitución Política. Artículo 162.

328 Vid. PALACIOS TORRES, Alfonso. op. cit. p. 78.



como anota en la misma cita *Palacios*, son atraídos a la órbita competencial del juez constitucional en virtud de su consagración constitucional<sup>329</sup>.

Algunos de los casos más comunes son los siguientes:

- Aquellos referidos a la elaboración del plan nacional de desarrollo. (Participación de entidades territoriales). Ver art. 341. C.N.
- La Ley anual de presupuesto (Elaboración conjunta del presupuesto entre Min <sup>2</sup> Hacienda y el Dpto. Nacional de Planeación).
- Estudios para la creación de un Departamento. Art. 297. C.N.
- Exposición de motivos que dan lugar al proyecto de Ley. Art. 145. Ley 5 del 92.

Visto lo anterior, es claro que en el examen de constitucionalidad para denotar la existencia o inexistencia de una falla en la función legislativa, se tiene en cuenta los anteriores parámetros y de su correcta ejecución se desprende la regularidad en la producción de la Ley.

Luego, respecto de cualquier detrimento que causare la norma expedida, no podrá argumentarse su indemnización en la existencia del título jurídico de imputación que estudiamos a menos que se acredite que, mediante sentencia de constitucionalidad, el órgano jurisdiccional competente ha declarado la infracción de las normas en que debió fundarse la Ley que impactó negativamente el patrimonio de los ciudadanos afectados. Es decir, que se acredite la falla en la función legislativa.

Después de hechas las anteriores consideraciones, pasemos ahora al examen

329 Vid. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Sobre la forma en que esto se presenta apunta la Corte lo siguiente: "Elemento insustituible del examen que atañe a la Corte desde el punto de vista formal guarda relación precisamente con la existencia de trámites anteriores a los que tienen lugar en el seno de las cámaras, los cuales resultan no menos esenciales que éstos cuando se trata de verificar la constitucionalidad de la ley por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo. En otras palabras, el control constitucional al respecto no solamente comprende la comprobación de lo hecho en el Congreso sino el cotejo del trámite pre-legislativo con los mandatos superiores.

La Corte Constitucional goza de competencia para verificar y evaluar si los procesos previos se han surtido en su totalidad según el sistema jurídico que los instaura, toda vez que cualquier omisión al respecto implica una ruptura del proceso constitucionalmente exigido y repercute en la ley que se apruebe, la que se verá afectada en su constitucionalidad por las falencias que presente el trámite pre-legislativo. Tal es el caso del concepto que debe emitir el Consejo Nacional de Planeación sobre el proyecto de Plan, pues la inconstitucionalidad de la Ley sería ostensible si tal concepto faltara o si, no habiéndose convocado al Consejo, pretendiera el Ejecutivo circunscribir el proceso de planeación a la etapa que debe surtir en el Congreso, llevando el proyecto directamente a su consideración."



del siguiente título jurídico de imputación admisible en el subsistema de responsabilidad del legislador.

#### 3.2.3.4.2 El Daño Especial.

Según el Consejo de Estado, vista en forma panorámica la evolución jurisprudencial en el punto de responsabilidad estatal por actos normativos legítimos, puede afirmarse que tras la construcción de la responsabilidad por la expedición y aplicación de normas constitucionales, de preceptos legales, así como de actos administrativos, cuya *juridicidad* no es reprochada, y que no obstante su *licitud* o *legitimidad* pueden entrañar algún daño antijurídico que comprometa la responsabilidad del Estado, hay un común denominador; ese elemento que se predica de la responsabilidad estatal con ocasión de estos tres niveles normativos no es otro que el régimen de responsabilidad aplicable: el daño especial<sup>330</sup>.

Y sobre este último, es preciso anotar que es un título ajustable dentro del subsistema de responsabilidad del legislador en el marco de un sub régimen objetivo por solidaridad, y que por tanto no demanda, para su configuración, la existencia de falla alguna en el ejercicio de la función legislativa.

En efecto, amparándonos en *Sarmiento Erazo*, diremos que basta con que haya sido la norma la “generadora del daño especial y anormal<sup>331</sup>” para que se configure la responsabilidad del legislador.

Respecto de esas características, esta vez siguiendo a *Saavedra Becerra*, diremos que por *anormalidad del daño* hay que entender la gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social -en este caso a través del Legislador-. Esta condición, agrega el jurista señalado, es la traducción obligada de la idea de que no hay carga pública sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. La anormalidad constituye un *standard* que el juez usa con mucha libertad y que remite ampliamente a la intensidad del daño. Ella supone que se ha superado un cierto nivel de gravedad<sup>332</sup>.

330 República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007. Radicación número: 16421. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

331 Vid. SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. La oposición y la Restricción al Derecho de Indemnización por el Legislador en Escenarios de Leyes Generadoras de Daños Antijurídicos. *En*: Prolegómenos. Revista de la Universidad Militar Nueva Granada. Volumen X. Nº 20.- Julio – Diciembre de 2007. p. 185.

332 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. p. 433.



De otro lado, itera *Saavedra*, la especialidad del daño, noción cuantitativa, no es objeto de una definición muy estricta. En principio, el daño es especial cuando es sufrido por una persona o por un grupo de personas determinable.

Claro que dicha determinación no debe entenderse en forma nominal y matemática, por lo que para mayor claridad, el referido profesor a manera de ilustración, trae como ejemplo un fallo ya comentado en este trabajo, precisando lo siguiente:

En el fallo *Bovero*, los propietarios que, sobre la base de una ordenanza no pueden expulsar a los arrendatarios cuyos hijos sirven en la guerra de Argelia, podían ser numerosos, lo que no excluye la indemnización. Pero la misma prohibición dirigida a todos los propietarios respecto de todos los arrendatarios durante el invierno no abre derecho a indemnización.

[...] Por tanto, la condición de especialidad revela ella también una cierta relatividad, que deja su estimación a cargo del juez<sup>333</sup>.

Así las cosas, fundándonos en las palabras de *Galán Vioque*, es preciso afirmar que no existe ningún obstáculo para acudir al daño especial como título jurídico apto para atribuir al Estado la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas, haciendo una interpretación sistemática de la Constitución para determinar la indemnización de los daños producidos por leyes válidas que sirva para rellenar de contenido a la garantía constitucional de responsabilidad de los poderes públicos.

Este principio, recalca el autor en cita, actuaría como parámetro de la antijuridicidad de los denominados lícitos legislativos, deteniéndose sólo en los efectos reales que se derivan de la aplicación de las leyes<sup>334</sup>.

Evidentemente, habría que destacar, como lo hace nuestro referido profesor, que el principio de igualdad ante las cargas públicas no es el único criterio que puede utilizarse para determinar la antijuridicidad de los lícitos legislativos.

En efecto, la sentencia de 5 de marzo de 1993 del Tribunal Supremo español, que indemnizó a una empresa pesquera por la supresión sorpresiva de unas bonificaciones fiscales, acudió para perfilar la existencia de un sacrificio especial al principio de confianza legítima. En tal orden, es

---

333 *Ibíd.* p. 434.

334 *Vid.* GALÁN VIOQUE, Roberto. De la Teoría a la Realidad de la Responsabilidad del Legislador. *En:* Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 155. 2001. p. 314.



perfectamente admisible expresar que la anormalidad del daño puede surgir cuando se produce un cambio legislativo brusco que modifica el régimen jurídico de una actividad en cuya permanencia habían confiado los particulares; por lo que, en todo caso, el principio de confianza legítima no sustituye a la exigencia de un sacrificio especial sino que lo complementa, lo que permite conjurar el riesgo, del que advierte *OSSENBÜHL*, de que la extensión de este principio a la actividad legislativa inhiba al legislador ante el temor de que se le planteen una montaña de peticiones de indemnización<sup>335</sup>.

Surge así de la anterior conjugación de elementos, con claridad meridiana, la validez de la formulación del subsistema de responsabilidad del Legislador efectuada a lo largo del presente trabajo académico, en donde se ha señalado categóricamente que el mismo se soporta en cuatro principios, de un lado los básicos que serían: la confianza legítima, la igualdad ante las cargas públicas y la integridad del patrimonio de los ciudadanos y, de otro lado, en el principio de clausura, esto es, el de la antijuridicidad del daño.

Finalmente, es evidente, como señala *Pizzorusso*, que la responsabilidad del Estado no se determina en todos los casos en que se presente una violación de la Ley u otro vicio que determine la nulidad, anulabilidad o no –aplicación de normas que constituyan objeto de un control de legitimidad constitucional, o de legitimidad comunitaria o de legitimidad convencional<sup>336</sup>, pues, según lo que hemos visto, la responsabilidad del Legislador habrá de ser declarada siempre que judicialmente se acredite la existencia de un daño especial, esto es, anormal y grave, en los términos y condiciones aquí recogidas.

---

335 *Ibíd.* pp. 316 – 317.

336 Vid. PIZZORUSSO, Alessandro. La Responsabilidad del Estado por los Actos del Legislador. La Experiencia Italiana. *En*: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 57. 2010. p 135.



## CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE LEGENDA FERENDA Y CONCLUSIONES.

### 4.1 Sobre la Propuesta de Lege Ferenda.

La expresión *lege ferenda*, como bien se sabe, hace referencia a una Ley cuya promulgación se solicita<sup>337</sup>. Es decir, se utiliza como medio de presentación del derecho no como es, sino como debería ser.

Por lo dicho, hemos querido dedicar un apartado de la presente obra a la consecución de otro de los objetivos específicos de la misma, valga decir, a la proposición de una herramienta normativa que permita a los operadores jurídicos aproximarse de una manera sistemática, lógica y coherente, al entendimiento y aplicación de la responsabilidad patrimonial del legislador.

Así, a continuación y con base en todos los análisis efectuados a lo largo del presente trabajo investigativo, pasaremos a explicar la forma en que podría estructurarse una regulación legislativa del tema objeto de estudio, partiendo en su articulado, de la formulación de una parte general, de un capítulo dedicado a la regulación del régimen subjetivo aplicable y otro consagrado a la reglamentación del régimen objetivo ajustable, ambos, con sus respectivos títulos jurídicos de imputación. Veamos.

- i. Parte general de la *lege ferenda* sobre la responsabilidad patrimonial del Legislador.
  1. De los principios de la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular.

Ciertamente, resulta del todo útil comenzar el diseño de una Ley como ésta, a partir del reconocimiento de unos principios que sirvan como directrices que permeen la interpretación y aplicación de la misma.

Así, en armonía con lo expresado en capítulos precedentes del presente ejercicio investigativo, consideramos que los principios que una Ley de esta categoría debería incluir, mínimamente, son los siguientes:

---

337 CISNEROS FARÍAS, Germán. Diccionario de Frases y Aforismos Latinos. Una Compilación Sencilla de Términos Jurídicos. México, D.F.: Universidad Autónoma Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 62.



### 1.1.1 Garantía del patrimonio de los Asociados.

En virtud del cual se establecería que: *en sus actuaciones, el Estado protegerá la integridad de los bienes de las personas y los demás derechos económicos adquiridos de acuerdo al orden jurídico.*

### 1.1.2 Confianza Legítima.

Según este principio se dispondría que: *el Estado garantizará que las actuaciones de los particulares realizadas de buena fe al amparo de las normas jurídicas existentes gocen de la protección pertinente y, en caso de que con las acciones u omisiones de aquel resulte vulnerada, se indemnice cabalmente el daño antijurídico presentado.*

### 1.1.3 Igualdad de las Cargas Públicas.

A través de esta directriz legislativa se señalaría que: *Se garantiza el derecho de todos los residentes en Colombia a recibir el mismo trato de las autoridades. En caso de que alguna persona sea obligada a soportar una carga superior a la de los demás individuos que se encuentren en la misma la posición jurídica, el Estado deberá indemnizar el perjuicio que de tal acción u omisión se derive.*

### 1.1.4 Antijuridicidad del Daño.

Por medio de tal principio que operaría, a su vez, como cláusula de cierre del sistema de responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular, se indicaría que: *el Estado indemnizará a aquella persona que sufra un deterioro en su haber jurídico sin estar obligada a soportarlo. Se presumirá que una persona no está obligada a soportar un daño cuando en su actuar el Estado infringe uno de los principios mencionados precedentemente y, de manera especial, cuando el beneficio perdido tiene un origen lícito y la actividad dentro de la que se padeció aquel fue desarrollada de buena fe.*

## ii. Parte Especial.

### 2.1 Capítulo I: Del Régimen Subjetivo de la Responsabilidad del Legislador.

Bajo este rótulo, se consagraría la responsabilidad del Legislador



basada en la falta. Es decir, en el ejercicio anormal de la función legislativa. En desarrollo de ello se reglaría lo siguiente:

2.1.1. *Responsabilidad por acción. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos derivados de las irregularidades presentadas en ejercicio de la función legislativa, reconocidas así por el juez constitucional al momento de examinar la constitucionalidad de las leyes.*

2.1.2. *Responsabilidad por omisión. El Estado responderá por las omisiones presentadas en el marco de la función legislativa, siempre que una norma desarrolle un mandato constitucional de manera parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista de la misma constitución, de donde se derive, por tanto, la creación, modificación o extinción de una situación jurídica concreta, al amparo de la cual nazca un perjuicio que quien lo padece no está obligado a soportar.*

## 2.2 Capítulo II: Del Régimen Objetivo de la Responsabilidad Patrimonial del Legislador.

Al amparo de de éste régimen se consagraría la responsabilidad del legislador aún en ausencia de falta; es decir, en tratándose de un funcionamiento normal de la actividad del Legislador, con dicha actividad se causa un daño antijurídico. En el sentido expresado, la propuesta de lege ferenda se encamina a que tal norma exprese sustancialmente lo siguiente:

*Daño Especial. El Estado responderá patrimonialmente cuando a través de la expedición válida de una Ley genere a un individuo o grupo específico de individuos, un perjuicio anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado.*

Desde la anterior perspectiva, se encuadraría, básicamente, una regulación normativa del tema de la responsabilidad del Legislador, cosa que hasta el momento no ha sido efectuada en Colombia y razón por la cual el país asumiría un liderazgo importante en el plano jurídico internacional.



Así las cosas, pasemos al segundo componente del presente capítulo y a la vez, la parte final de este trabajo académico, las conclusiones.

## 4.2 Conclusiones.

La Presente investigación jurídica ha demostrado que el mito de la soberanía absoluta del Legislador, de donde derivaba su irresponsabilidad, ha sido derrumbado. En efecto, con el advenimiento de los nuevos modelos democráticos basados en el principio de soberanía popular el ciudadano ☐ la persona humana- se considera ahora el centro y fin del accionar jurídico, social y político del Estado y por tanto es a cada individuo que compone la sociedad a quien se valora como titular de una porción de la soberanía.

En ese orden de ideas cualquier daño antijurídico que el Estado en general, y el Estado como Legislador en particular, ocasione, demanda de este la forzosa obligación de compensar los efectos que de su accionar se desprendan.

En lo anterior, podríamos decir, se resume el *principio de responsabilidad jurídica*, pieza clave del Estado de Derecho y pilar básico del derecho administrativo, que en los últimos tiempos ha tenido el más apresurado desarrollo debido a la complejidad innegable de las relaciones sociales, lo que ha demandado su constante perfeccionamiento como reflejo de lo avances de la civilización.

Vistas así las cosas, en el plano filosófico, el reconocimiento del Legislador como ente justiciable, puede considerarse como un triunfo más de la razón. Como una conquista más en el recorrido del hombre por dotar la acción política y jurídica de la sociedad de herramientas antropocéntricas que aseguren la plena vigencia de la dignidad humana en todos los ámbitos.

No obstante, a la par de los anteriores desenlaces, es también evidente que a pesar de que el tema de la responsabilidad del legislador lleva más de un siglo en de discusión en los más intensos escenarios académicos, su reconocimiento normativo ha sido escaso y su desarrollo, en el caso colombiano, se debe más a la existencia de un régimen pretoriano que a una decisión del órgano legislativo del Estado.

Quizá por lo dicho, tal como sucede con la responsabilidad del Estado en general, el manejo técnico, de interpretación y aplicación, ha estado marcado



por un cierto toque de anarquía, lo que en últimas, ha desembocado en un serie de imprecisiones y confusiones generadoras de considerables niveles de inseguridad jurídica.

De allí surge un vacío importante que se quiso analizar y superar con la presente investigación: la notoria ausencia de un análisis sistemático de la responsabilidad del Estado en general y del Legislador en particular, que le permitiera a los operadores jurídicos contar con las herramientas técnicas necesarias para operar el tema de la responsabilidad jurídica en este campo con la solvencia normativa suficiente.

Y a decir de quien escribe estas líneas, dicho propósito se logró, pues se ha probado que existen los elementos teóricos y prácticos requeridos para la formulación de un sistema de responsabilidad del Estado y dentro de éste de un subsistema de responsabilidad del Legislador, lo que permite un tratamiento lógico, ordenado y coherente del tema.

Dicha ordenación sistemática, como se vio, parte del establecimiento de cuatro principios: la garantía del patrimonio de los asociados, la confianza legítima, la igualdad de las cargas públicas y de la antijuridicidad del daño, último que se erige como la cláusula de cierre del sistema en general y de nuestro subsistema de responsabilidad del legislador en particular.

A la par de los principios rectores de dicho subsistema, encontramos unas reglas básicas para la operación del mismo y que son llamadas condiciones para la responsabilidad, las cuales se resumen en: primero la realización de un hecho  $\square$  acción u omisión del legislador -, y en segundo lugar la existencia de un nexo causal con el tercer elemento que sería la presentación de un daño.

Luego de las anteriores reglas, el subsistema se compondría de unos regímenes, que pueden ser subjetivo y objetivo, el primero fundado en la existencia de una falta o falla en el ejercicio de la función legislativa, el segundo soportado en el principio de solidaridad que rige el Estado social de derecho y encuadrable en el daño especial como título jurídico de imputación.

Empero, precisamente por lo dicho de su condición como cláusula de cierre, todo el sistema encuentra su punto de coherencia y de lógica máxima en la antijuridicidad del daño; asunto que ha sido examinado por la doctrina con el más alto grado de abstracción y que como producto del análisis que aquí efectuamos hemos podido llevarlo a un mayor nivel de concreción,



partiendo de entenderlo como aquel deterioro que padece un individuo sobre su haber jurídico sin que estuviera obligado a soportarlo, debido a que la actividad sobre la cual recae aquel era desarrollada de buena fe y los beneficios perdidos tenían un origen lícito.

Queda así, pues, como producto del presente trabajo, la formulación de una serie de herramientas que, esperamos, contribuyan a clarificar la forma correcta de hacer justicia. La forma correcta de restablecer, en su haber jurídico, a las personas que han sufrido, como consecuencia de un hecho positivo o negativo del legislador, un daño antijurídico.

Es claro que la formulación de un subsistema de responsabilidad del legislador, simultáneamente, dota al ciudadano de un mecanismo de defensa jurídica para proteger sus derechos y constituye un nivel más de control al accionar del Estado, lo cual legitima el ejercicio del poder al permitir que cada uno reciba lo que en justicia le corresponde.

En última instancia, lo dicho respecto de la responsabilidad del Legislador, se puede asemejar a lo señalado por *Hernández Becerra*, respecto de la evolución de la responsabilidad del Estado en general, cuando aquel en su memorable trabajo concluye que: "La formación de un Estado responsable nace del deseo apremiante del hombre de vincular los designios del Estado, distanciado y omnipotente, a las necesidades e ideales de las personas comunes y corrientes; será este un medio entre los más adecuados para acompasar la actividad del Estado con los requerimientos de la comunidad"<sup>338</sup>.

---

338 HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. op. cit. p. 43.



## BIBLIOGRAFÍA

ABRIL, Ernesto. *Las Limitaciones del Soberano*. México: Fontamara, 2004.

AGUIAR DE LUQUE, Luis. *El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa*. En: *Revista de Derecho Político*. Madrid. Número 24, 1987.

AHUMADA RUÍZ, María de los Ángeles. *Responsabilidad Patrimonial del Estado por Leyes Inconstitucionales (o el Derecho a no ser perjudicado por una Ley Inconstitucional)*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 21. Numero 62. Mayo – Agosto. 2011.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México, D.F.: Fontamara, 2002.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ARANGO PERFETTI, Daniel. “El Reconocimiento Jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial del Legislador en Colombia”. En *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*. Número 26. Noviembre de 2009.

ARENAS URIBE, Carolina y JIMÉNEZ USCÁTEGUI, Mariangela. *La Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador*. Tesis para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2001.

BASTIDA, Francisco; VARELA, Joaquín; REQUEJO, Juan Luis. *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel Derecho, 2009.

BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, GASCÓN ABELLÁN, Marina, DE PARAMO ARGUELLES, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw – Hill, 1997.

BLAS ORLAN, Carmen. *Derecho y Salud*. *Revista de la Asociación de Juristas de la Salud*. Vol. 16, Número 2, Julio - diciembre 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1993.



BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Responsabilidad Patrimonial del Legislador. Bogotá: Legis, 2007.

BRAVO RESTREPO, Luis Alfonso y CÓRDOBA CÓRDOBA, Joaquín Emilio. Responsabilidad del Estado por la Función Jurisdiccional. Medellín: Editorial Controversia Jurídica, 1997.

BREWER – CARIAS, Allan. Reflexiones Sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810 – 1830) y sus aportes al Constitucionalismo Moderno. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

BRITO RUIZ, Fernando. Estructura del Estado y de la Administración Pública Nacional. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

BURBANO TORRES, Eduardo. Soberanía Nacional y Soberanía Popular. En: Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. No. 553. Mayo - Junio 1991.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extra Contractual del Estado. Bogotá: Leyer, 1998.

CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.

CASIMIGLIA, Alberto. Introducción a la Ciencia Jurídica. Barcelona: Ariel, 1986.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo I. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana; Abeledo Perrot, 2009.

CATENACCI, Imerio Jorge. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

CELDRÁN RUANO, Julia. La Responsabilidad del Estado por Actos de Aplicación de Leyes: Una Aproximación Histórica y Significado Actual. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1996.

CEPEDA E., Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1992. República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



CISNEROS FARÍAS, Germán. *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos. Una Compilación Sencilla de Términos Jurídicos*. México, D.F.: Universidad Autónoma Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*. En: *Doxa. Revista de la Universidad de Alicante*. Alicante (España). Número 21. Volumen II. 1998.

CONCEPCIÓN, José Luis. *Derecho de Daños*. Barcelona: Editorial Bosch, 1999.

CORREA VARGAS, Rodolfo Andrés. *Teoría General del Derecho*. Medellín: Diké, 2009.

CORREA VARGAS, Rodolfo Andrés. *Teoría General del Derecho*. Medellín: Diké, 2009.

DE LUCAS, Javier. *El Concepto de Solidaridad*. México, D.F.: Fontamara, 1998.

DÍAZGRANADOS MESA, Santiago. *Responsabilidad del Estado por Daño Especial*. Tesis para optar al título de Abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

DUEÑAS RUGNON, Ramiro. *La Responsabilidad del Estado por las Actuaciones Jurisdiccionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho Público*. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1926.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Ed. Colmenares, 2005.

DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo. *Política y Derecho Fundamentales*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 2010.

ECHEVERRÍA ACUÑA, Mario Armando. *Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano por el Hecho del Legislador*. En: *Saber, Ciencia y Libertad*. Revista del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre. Volumen 5. Número 1. Cartagena. Enero – julio de 2010.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. *Responsabilidad del Estado por Fallas en la Administración de Justicia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1991.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José. *Filosofía Política de la Democracia*. México D.F.: Fontamara, 1997.



FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964.

FRANCO RODRIGUEZ, Paola y GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La Responsabilidad del Estado Legislador en los Eventos de Sentencias Moduladas. Trabajo de Grado para Optar al Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

GALÁN VIOQUE, Roberto. De la Teoría a la Realidad de la Responsabilidad del Legislador. En: Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 155, 2001.

GALIANA SAURA, Ángeles. La Legislación en el Estado de Derecho. Madrid: Dykinson, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Bogotá: Temis, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español. Navarra: Thomson – Civitas, 2007.

GARCÍA FORERO, Fernando Alberto. Fundamentación Ideológica de la Responsabilidad Sin Falta en el Derecho Público Colombiano. Tesis de grado para optar al título de magister en derecho administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Bogotá: Esquilo, 2003.

\_\_\_\_\_. Introducción al Estudio del Derecho. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1980.

GARRIDO MAYOL, Vicente. La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial Referencia a la Responsabilidad del Estado Legislador. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal. Curso de Derecho Administrativo General. Medellín: Señal Editora, 2010.



GÓMEZ CARDONA, Efraín. Derecho Administrativo General y Colombiano. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

GÓMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y Crítica de la Responsabilidad por daños del Estado en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2008.

GORDILLO, Agustín. Teoría General del Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

HERNANDEZ BECERRA, Augusto. Responsabilidad Abstracta del Estado. Tesis de grado para optar al título de Doctor en Derecho. Universidad Externado de Colombia, 1973.

HERNÁNDEZVALLE, Rubén. Las omisiones Legislativas y los Derechos Prestacionales. En: Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Santiago de Chile. Número 1, 2003.

HERNÁNDEZ, Alier. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. En: Memorias del 2º Seminario Internacional Gerencia Jurídica Pública. Bogotá: Alcaldía de Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005.

HOBBS, Thomas. Leviatán. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, sexta reimpresión, 1994.

HOYOS DUQUE, Ricardo. Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad. En: Prolegómenos. Revista de la Universidad Militar Nueva Granada. Volumen IX. Nº 17. Enero – Junio, 2006.

HOYOS DUQUE, Ricardo. Responsabilidad del Estado por el Uso de las Armas de Fuego. Su Incidencia en el Presupuesto del Ministerio de Defensa Y de la Policía Nacional. En: Prolegómenos. Revista de la Universidad Militar Nueva Granada. Volumen IX. Nº - No. 18. - Julio – Diciembre, 2006.

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

JEZE, Gastón. Réparation du préjudice spécial causé par une loi générale impersonnelle. Revue de droit public. 1945.



JINESTA LOBO, Ernesto. “La Responsabilidad del Estado Legislador”. En *Revista de Derecho Público. Asociación Costarricense de Derecho Administrativo*. Número 1. San José: Enero – Junio, 2005.

KELSEN, Hans. *Esencia y Valor de la Democracia. Forma de Estado y Filosofía*. México, D.F.: Ediciones Coyoacán, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoría Pura del Derecho*. México, D.F.: Editorial Éxodo, 2006.

LARRAÑAGA, Pablo. *El Concepto de Responsabilidad*. México: Fontamara, 2000.

LEIVA RAMÍREZ, Eric. *Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador*. Bogotá: Editorial báñez, 2010.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Responsabilidad Administrativa y Exclusión de los Riesgos del Progreso. Un Paso Adelante en la Definición del Sistema. Derecho y Salud. Revista de la Asociación de Juristas de la Salud Vol. 8, Número 2, Julio-Diciembre 2000*.

LÓPEZ MORALES, Jairo. *Responsabilidad del Estado por Error Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

MALEM SEÑA, Jorge F. *El Error Judicial y la Formación de los Jueces*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

MARÍN CADAVID, Luis Mario y CASTRO ZAPATA, María Elena. *La Responsabilidad del Estado por los Actos del Legislador*. En: *Holística Jurídica. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura*. N° 7. Medellín. Junio de 2010.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis, 2003.

MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho*. Bogotá: Temis, 2005.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*. Madrid: Civitas, 2002.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y RAMÍREZ GÓMEZ, Andrés Armando. *El Concepto de Actividad Peligrosa en el Derecho Administrativo Colombiano*. En: *Opinión Jurídica. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*. Volumen 5, N° 9. Enero – Junio, 2006.



MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Antecedentes y Fundamento Constitucional y Legislativo de la Responsabilidad Patrimonial Del Estado. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual. Sitio electrónico: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/16.pdf>.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El Derecho Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano. En: VIDAL PERDOMO, Jaime y otros. Temas de Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

MOLINER, María. Diccionario de Uso del Español. Edición Electrónica. Madrid: Editorial Gredos, 2001.

MONROY CABRA, Marco. Introducción al Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

MONSALVE SOLÓRZANO, Alfonso. Soberanía, Legitimidad y Legitimación en Colombia desde la Década de los 90. Medellín: U.P.B, 1993.

MURO RUÍZ, Eliseo. Algunos Elementos de Técnica Legislativa. México, D.F.: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

NARVAÉZ MORA, Maribel. Causalidad y Omisión en la Actuación Médica. Rompecabezas conceptual para el enjuiciamiento penal. En: *Diritto e Questione Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. Università degli Studi di Palermo*. Número 10. 2010.

NAVARRO, Pablo E., Normas Permisivas y Clausura de los Sistemas Normativos. En: *Legal Theory and Philosophy. Working Papers Series. Revista de la Universidad de Girona. Girona (España)*. Nº 22, 2010.

NUÑEZ LEIVA, J. Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. En: *Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. Año 8. Nº 1, 2010.

\_\_\_\_\_. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. Un Análisis a Propósito de las Garantías del Contribuyente en el Sistema Chileno. En: *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca*. 2010. Año 8, Numero 1.

OLIVEROS TASCÓN, Adolfo, Apuntes Sobre Derecho Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2005.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.



PAILLET, Michel. Responsabilidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PALACIOS TORRES, Alfonso. Concepto y Control del procedimiento Legislativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PARRA GUTIERREZ, William. Responsabilidad Patrimonial Estatal. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2003.

PECES – BARABA MARTINEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PENAGOS, Gustavo. Bases Jurídico – Políticas del Derecho Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis, 2010.

PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Apuntaciones en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador. *En: Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*. Número 2. Septiembre, 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. La Responsabilidad del Estado por los Actos del Legislador. La Experiencia Italiana. *En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Número 57, 2010.

POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de Derecho Administrativo. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 1988.

PRIETO SANCHIS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. Madrid: Trotta, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La Elusión Constitucional, una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009.

\_\_\_\_\_. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus Reformas. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás. La Responsabilidad del Estado Legislador. *En: Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Número 135, 2003.

QUINTERO NAVAS, Gustavo. Regímenes Especiales de Responsabilidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Biblioteca Digital. Sitio Electrónico: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).



RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

RAMOS HUERTAS, Rocío. La Responsabilidad Patrimonial del Legislador en Colombia por Vulneración del Principio de Confianza Legítima en el Tratamiento de Exenciones Tributarias. Tesis de Grado. Maestría en Derecho Administrativo Universidad del Rosario. Bogotá: Febrero de 2010.

Real Academia Española. Diccionario Usual de la Lengua. Versión electrónica. Disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

República de Chile. Ministerio de Salud. Manual de Toma de Muestras, 2004.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 5 de 1992.

\_\_\_\_\_. Ley 74 de 1968.

\_\_\_\_\_. Ley 270 de 1996.

\_\_\_\_\_. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de enero de 2000. Radicación Número. 10867. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 6 de diciembre de 2006. Consejera Ponente: Ligia López Díaz. Radicado: 2002-01203-01(14954).

\_\_\_\_\_. Sentencia de 5 de Mayo de 2005. Radicación Número 15191. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. Expediente No.: 10.421. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Exp. 4655. Consejero Ponente: Antonio Irrisarri.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Radicación Número 13090. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 31 de mayo de 2007. Radicación: 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-05000-01(20008). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.



\_\_\_\_\_. Sentencia de 24 de abril de 1991. Radicación número: 6110.  
Consejero ponente: Policarpo Castillo Davila.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 14 de junio de 2001. Radicación número:  
12696. Consejero Ponente: Alier Hernández.

\_\_\_\_\_. HERNÁNDEZ, Alier. Salvamento de voto efectuado frente a  
la Sentencia expedida por el Consejo de Estado el ocho (8) de agosto de dos mil  
dos (2002). Radicación número: 10952.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 27 de enero de 2000. Radicación número.  
10867. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

\_\_\_\_\_. Sentencia de septiembre 11 de mil novecientos noventa y  
siete (1997). Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número:  
11764.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 2 de mayo de 2007. Expediente No. 15776.  
Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación: 17.380.  
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 11 de julio de 1989. Radicación Número: 5446.  
Consejero Ponente: Gustavo De Greiff Restrepo.

\_\_\_\_\_. Sentencia de veintitrés 23 de octubre de 1990. Radicación:  
5945. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. Radicado:  
expediente No 10392. Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 26 de abril 2001. Radicación número: 12917.  
Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 5 de agosto de 1994. Radicación número:  
9880. Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 15 de noviembre de 2007. Radicado: 2007-  
00441-01 (AC). Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De La Font.

\_\_\_\_\_. Sentencia de agosto 25 de 1998. Radicado: IJ-001. Consejero  
Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros.



\_\_\_\_\_. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Radicación número: 16421. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 11 de mayo de 2011. Radicación: 1999-02324 (22322). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 27 de abril de 2011. Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez. Radicación: 19155.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 21 de febrero de 2002. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. 12789.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 52001-23-31-000-1994-6040-01(11222). Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 2 de julio de 1990. Radicación número: 5492. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicación número: 16696. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

\_\_\_\_\_. Sentencia de 10 de noviembre de 1967. Expediente N° 867. Consejero Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 29 de Julio de 1947. Número único 448-CE-1947-07-29. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena.

República de Colombia. Constitución Política.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_. Sentencia C – 038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. En: Gaceta Jurisprudencial. Número 167. Bogotá: Editorial Leyer, 2007.

\_\_\_\_\_. Sentencia C -394. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Sentencia C- 410 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

\_\_\_\_\_. Sentencia C- 780 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



\_\_\_\_\_. Sentencia C- 918 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-015 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-197 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-387 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-1045 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda y otros.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-031 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-635 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-832 de 2001 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-428 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

\_\_\_\_\_. Sentencia C-619 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-892 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia SU-360 de 1999.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-428 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



\_\_\_\_\_. Sentencia C-892 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

\_\_\_\_\_. Sentencia SU 747 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_. Sentencia T-826 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de agosto de 1939. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

\_\_\_\_\_. Presidencia de la República. Decreto 1400 de 1970. Decreto 2700 de 1991.

RICO PUERTA, Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá: Leyer, 2009.

\_\_\_\_\_. Teoría General del Proceso. Bogotá: Leyer, 2008.

ROBLES, Gregorio. Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho- Volumen 1. Madrid: Civitas, 2010. p. 142.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Bogotá: Temis, 2005.

ROMERO DÍAZ, Héctor. Responsabilidad Civil General y del Notario. Bogotá: Ediciones Jurídicas del Profesional, 2000.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: ECOE, 2010.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad Extracontractual Frente a Estado Legislador, Medios de Comunicación, Responsabilidad Fiscal, Desplazamiento Forzado y Actos Terroristas. Bogotá: ECOE, 2007.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011.

SABINE, George. Historia de la Teoría Política. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2003.

SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 1987.



SÁNCHEZ ÁLVAREZ, María Angélica. Responsabilidad del Estado Colombiano por la Administración de Justicia. En: Estudios en Derecho y Gobierno. Revista de la Universidad Católica de Colombia. Diciembre, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. La Teoría de la Responsabilidad del Estado legislador, En: Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 68. Mayo – Agosto, 1972.

SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo III. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. La oposición y la Restricción al Derecho de Indemnización por el Legislador en Escenarios de Leyes Generadoras de Daños Antijurídicos. En: Prolegómenos. Revista de la Universidad Militar Nueva Granada. Volumen X. N° - No. 20.- Julio – Diciembre, 2007.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad Patrimonial del Estado por Omisión Legislativa. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

\_\_\_\_\_. La vulneración a la confianza legítima ¿Una situación jurídica generadora de responsabilidad del Estado legislador? En: Vniversitas. ucls. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (Colombia) N° 116: 85-117, julio-diciembre, 2008.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Montevideo: Editorial Martín Bianchi, 1986.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley, 2005.

STONER, James y otros. Administración. México, D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana, 1996.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado. El Daño Antijurídico, El Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Bogotá: Temis, 1997.

TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977.

TORREGROZA SÁNCHEZ, Javier Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador. Tesis de Grado. Bogotá: Departamento de



Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2007.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2009.

YOUNES MORENO, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 2007.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Responsabilidad del Estado por la Actividad Jurisdiccional*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 10. Santiago, 1983.