



## **"Responsabilidad del Estado, generada por la omisión de la función del legislador"**

**Rodrigo Eduardo Castiblanco Morales**

*Abogado, Universidad Unisangil,  
estudiante especialización Derecho Administrativo Universidad Libre.  
rodrigoe-castiblancom@unilibre.edu.co*

**Paola Andrea Rivera Gutierrez**

*Abogada Universidad Libre Seccional Socorro,  
estudiante especialización Derecho Administrativo Universidad Libre.  
Paolarive4@hotmail.com*

### **Resumen.**

El Estado y su transformación social a través de la historia no es ajena a la responsabilidad objetiva y subjetiva que deriva de la responsabilidad extracontractual, inclusive hasta la que genera la omisión del legislador es el tema abordado en el presente trabajo, partiendo de una descripción a menudo crítica del tránsito del sistema jurídico colombiano, desde la influencia del derecho francés, pasando por la irresponsabilidad que caracterizó el Estado de Derecho, hasta la concordancia con el artículo 90 de la constitución de 1991 que regula la responsabilidad del Estado inclusive el generado por la omisión del legislador, en cuanto cause daño antijurídico y respecto tanto de las consecuencias de la omisión del legislador, de la ley declarada inconstitucional, así como de la ley válida que causa daño. El ejercicio incluye de manera especial la consulta bibliográfica y documental, sumado a factores

### **Abstract.**

The evolution of the non-contractual liability of the State in general, until the generated by the omission of the legislator is the subject addressed in the present work, which is addressed on the basis of a description often critical of the transit of the legal system of Colombia, from the influence of French law, through the irresponsibility that characterized the rule of Law, until the enthronement of the general clause of liability of article 90 of the constitution of 1991. Is achieved in this way move to the stadium of the State's responsibility by omission of the legislator, as the channel damage anti-legal and with regard to both the consequences of the omission of the legislator, of the act declared unconstitutional, as well as the law validates that causes damage. The exercise included a special consultation of bibliographic and documentary, in addition to factors methodological to apply methods and techniques inductive, deductive, historical,

metodológicos para aplicar métodos y técnicas inductivas, deductivas, históricas, sistemáticas y holísticas que permitan el éxito del ejercicio. La gran conclusión del ejercicio se sintetiza en que, si bien la evolución del sistema de responsabilidad estatal sufre el abandono del legislador, la jurisprudencia ha realizado gran labor en la construcción de reglas que a tiempo actual han permitido materializar la responsabilidad objetiva, pero con menor grado en lo que atañe a la responsabilidad por omisión del legislador.

**PALABRAS CLAVE:** Daño antijurídico, Omisión del legislador, Responsabilidad extracontractual, responsabilidad objetiva.

systematic, and holistic to enable the success of the exercise. The great conclusion from the exercise is summarized in that while the evolution of the state accountability system suffers from the abandonment of the legislator, the jurisprudence has made great efforts in the construction of rules that at present time have helped to implement strict liability, but with a lesser degree in regard to the responsibility for omission of the legislator

**Keywords:** non-contractual liability; Omission of the legislator; damage anti-legal; strict liability

## Introducción

Si bien el tema de la responsabilidad del Estado resulta ser de gran actualidad y también un debate de largo aliento con logros significativos de alcance casi universal, no obstante, en Colombia no se ha logrado que el legislador asuma su rol como regulador de los supuestos de responsabilidad estatal. Lo que sí es claro es que de a poco se reconocen de cuando en cuando más responsabilidades a medida que crece el catálogo de derechos y por ende las obligaciones de protección y garante por parte del Estado.

En tal sentido existen toda una serie de situaciones que generan responsabilidad ya sea por acción o por omisión. A partir de la Constitución de 1991, se dio un gran paso en la configuración del Estado Social de Derecho y de manera especial en reconocer que tiene un amplio catálogo que implica deberes como el de abstenerse de causar daño y en el caso de generarse, reparar a los afectados. En dicha Carta Política, se consagró de manera especial, la llamada, cláusula general de responsabilidad, que básicamente consiste en que, el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Const., 1991, art. 90). Lo

anterior implica al menos en teoría, la vigencia de la responsabilidad objetiva. No obstante, es algo que parece estar lejos de materializarse si se tiene en cuenta que no existe una regulación específica que contemple el régimen de responsabilidad del Estado y el sistema prevalece con la precaria o relativa seguridad que proporciona la jurisprudencia y los fallos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente a casos concretos.

Uno de los aspectos más olvidados y el menos claro es el que tiene que ver con la responsabilidad del legislativo cuando omite el cumplimiento de su función esencial, como es la expedición de las normas que por un lado desarrollen la constitución, y por el otro, subsanen la deficiencia normativa cada que sea necesario. Si bien, existe la función legislativa ordinaria, también existe la que se debería cumplir cuando surgen llamados u órdenes de la Corte Constitucional para que, en virtud de un vacío observado, (ya sea con ocasión de una situación concreta, o por situaciones que comportan el interés general) expidan la normativa necesaria; entre otras razones, para conservar no solo el Estado de Derecho, sino la seguridad jurídica y un estado de cosas constitucional. Lo cierto es que el espectro de la responsabilidad del legislador no es aún muy claro cuando se refiere a la que se genera, cuando con una norma legal se causa daño; pero es aún menos claro cuando se trata de la omisión del órgano legislativo.

En consecuencia, es de suma importancia realizar el estudio de aquella, otrora sacrosanta, actividad del legislador, frente al aspecto más evadido, para auscultar en qué circunstancia la inactividad del legislador evidenciada en la ausencia de regulación que desarrolle el texto constitucional, podría resultar violatoria de la misma Carta Suprema y en consecuencia generar responsabilidad del Estado. Si bien es cierto que hasta épocas recientes solo se estudiaba las consecuencias de la actividad legislativa, al expandirse el espectro de la responsabilidad en virtud del concepto de Estado Social de Derecho, resulta de ineludible necesidad abordar el estudio de esa inercia que significa la omisión del legislativo. Se trata de presentar un panorama sobre las consecuencias jurídicas que se generan por esa inactividad y sin duda las situaciones que se pueden enmarcar como supuestos de la responsabilidad estatal.

Es de cierta manera relevante trabajar el tema de la actividad del legislador en general, pero de manera especial en lo que concierne a entender en qué circunstancia la ausencia de una norma jurídica desarrollada puede no solo vulnerar principios o disposiciones del texto constitucional, sino hasta qué punto, la ausencia de actividad parcial o absoluta del legislador, puede causar daño y en ese evento, analizar los supuestos que implicarían la reparación a los afectados.

Ante el panorama contextual presentado, surgen interrogantes, entre los que destaca el siguiente: ¿Cuáles son los casos o supuestos en que la omisión del legislador genera responsabilidad del Estado en Colombia? Ciertamente es lo que se tratará de esclarecer con este trabajo.

Al parecer no existe mayor desarrollo acerca del tema de la responsabilidad del Estado y en menos aún en lo que tiene que ver con la omisión del legislativo; tampoco existe una regulación específica, pero suplen algo este vacío, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, máximo órgano jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo. Es entre otras, por esas razones que ha resultado útil investigar acerca no solo de las generalidades, sino el detalle de las situaciones que podrían constituir ese régimen de responsabilidad, que resulta cambiante y al vaivén de la jurisprudencia. Tal vez uno de los aspectos más llamativos ha sido conocer dentro de la tipología de la responsabilidad estatal, el tema de la omisión legislativa, asunto por demás ambiguo y confuso, si se tiene en cuenta que se trata de pretender que el legislador se autorregule y autolimite. En los términos enunciados, conocer y analizar los aspectos que componen el régimen de responsabilidad por omisión legislativa, si se tienen en cuenta los vacíos mencionados, es en sentido amplio una de las mejores formas de aportar y por qué no, generar conocimiento nuevo.

A nivel social, la sola divulgación del trabajo que resulte de este ejercicio, generará impactos positivos, siempre que sea consultado en la biblioteca de la institución y en la web. En la colectividad social y específicamente en los ciudadanos del común, el desconocimiento de este tipo de responsabilidad que involucra al legislador cuando omite el cumplimiento de su función es relativamente desconocido y es por eso que será útil ahondar en su conocimiento y posterior divulgación.

Consecuente con lo expuesto se tuvo por objetivo general y/propósito, determinar en qué supuestos o circunstancias la omisión del legislador genera responsabilidad del Estado en Colombia. Y el cumplimiento de este se soportó en otros objetivos secundarios como, describir el Régimen general de responsabilidad del Estado en Colombia, así mismo, identificar los casos en que se puede generar responsabilidad del Estado por omisión del legislador; y no se podía pasar por alto, la necesidad de analizar las posturas jurisprudenciales de las altas Cortes en el tema objeto de investigación.

Se destaca que se ha tratado de una investigación de tipo jurídico delimitada a un ejercicio de análisis normativo, teórico, doctrinario y jurisprudencial que se complementa con el ejercicio descriptivo con una perspectiva crítica y analítica para concluir con un contexto teórico-conceptual, específicamente. Denota además un enfoque cualitativo que no pretende realizar mediciones y se concentra en el estudio de categorías conceptuales que se desprenden de la pregunta y objetivos propuestos, en torno a la ley, la jurisprudencia y la doctrina, con la cual se genera el debate dialógico. Como investigación típicamente cualitativa, la revisión documental ha sido la técnica por excelencia empleada para la recabar y analizar la información.

Estos resultados se presentan con un enfoque histórico que ayuda a comprender la evolución del fenómeno estudiado y las consecuencias a las que el mismo ha dado lugar, a fin de abrir paso a una etapa propositiva que trascienda la mera recolección de información.

Así mismo se acudió a métodos como el histórico que se materializa en la indagación y exposición de la evolución histórico-normativa. Método explicativo en cuanto se pretende dar cuenta del problema desde un abordaje complejo que resulta de la confrontación de los supuestos normativos y las implicaciones que surgen de la formal y lo real, para proceder luego al análisis inductivo deductivo que permitiera llegar a conclusiones.

Para desarrollar el proyecto se acudió a técnicas como son la consulta bibliográfica y documental en procura de un estado del arte como insumo inicial del trabajo, así como un sondeo histórico. Lo así expresado, incluye como necesario contexto, el desarrollo evolutivo relacionado con el área objeto de estudio; así también, las posturas doctrinarias en el plano internacional y nacional; y, la jurisprudencia de las altas cortes, como cumbre del desarrollo jurídico.

En otro momento se recopiló jurisprudencia y documentos oficiales, y otros documentos de estudios de corte investigativo que permitieran evidenciar el estado de la cuestión en cuanto a la responsabilidad por omisión legislativa.

En etapa posterior se realizó el ejercicio de análisis centrado identificar los casos en que se puede generar responsabilidad del Estado por omisión del legislador, organizando así un acervo que permite describir las particularidades de la figura y sus implicaciones. Todo lo anterior permitió la abstraer una serie de conclusiones, fruto del ejercicio analítico, sistemático e integral alrededor del tema objeto de estudio.

Uno de los aspectos más olvidados y el menos claro es el que tiene que ver con la responsabilidad del legislativo cuando omite el cumplimiento de su función capital, como es la expedición de las normas que por un lado desarrollen la constitución, y por el otro, subsanen la deficiencia normativa cada que sea necesario. Si bien, existe la función legislativa ordinaria, también existe la que se debería cumplir cuando surgen llamados u órdenes de la Corte Constitucional para que, en virtud de un vacío observado, (ya sea con ocasión de una situación concreta, o por situaciones que comportan el interés general) expidan la normativa necesaria; entre otras razones, para conservar no solo el Estado de Derecho, sino la seguridad jurídica y un estado de cosas constitucional.

El espectro de la responsabilidad del legislador no es aún muy claro cuando se trata de la que generan los hechos, es decir, cuando con una norma legal se causa daño; pero es aún menos claro cuando se trata de la omisión del órgano legislativo.

Ante ello es pertinente plantear un problema que busque una respuesta con el enfoque jurídico desarrollado a través del trabajo de investigación. ¿Cuáles son los supuestos o casos en que la omisión del legislador puede generar responsabilidad del Estado en Colombia?

Dando una respuesta al planteamiento anterior podemos observar que en el Estado Colombiano se presentan existe una división de poderes tripartita poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial, a este último también se le subdivide en distintas jurisdicciones, para el presente caso y estudio del presente proyecto de investigación, tendremos en cuenta a la jurisdicción de lo contencioso administrativo quien de acuerdo a la constitución de 1991 es la encargada de resolver los conflictos en donde se vea inmersa alguna entidad pública y declarar responsabilidad o no del Estado por los daños jurídicos y antijurídicos que pueda ocasionar en razón a su función.

De esta responsabilidad no puede escaparse el poder Legislativo en el ejercicio de su función Constitucional de ser por derecho propio el creador de las leyes en el Estado Colombiano y como la creación y la omisión de su función legislativa, que es nuestra pregunta problema, puede ocasionar daños jurídicos y antijurídicos a los particulares que no están en estricto sentido obligados a padecer.

Casos concretos que por la comisión legislativa ha generado daño podrían citarse en los siguientes ejemplos;

La omisión de crear ley que respalde los derechos civiles de las personas que se encuentran dentro de la población LGTBI, en relación al matrimonio homosexual, así como la reglamentación de sus derechos y deberes, situación que debió ser debatida en los Despachos de jueces constitucionales a través de tutelas y como ha sido la misma Corte Constitucional la que debió instar al Congreso para legislar sobre el tema en particular y evitar que se siguieran vulnerando los Derechos de estas personas. Evidentemente esa omisión legislativa generó daños a muchos ciudadanos.

Como segundo ejemplo tenemos la omisión frente a los derechos y deberes de los privados de libertad, ya que, si bien existen normas que regulan el sistema carcelario, este se encuentra obsoleto y debe el legislador crear otra ley que pueda integrar la realidad actual que viven los establecimientos de reclusión en un sistema antiguo con normas desactualizadas a la realidad actual y objetiva. Esta omisión ha generado daños a los privados de libertad que deben encajar en una normatividad que no refleja la política criminal, quedándose treinta años atrás. A pesar que la Corte Constitucional ha instado al poder legislativo para iniciar con proyectos de ley que den solución al Estado de cosas inconstitucionales que viven los privados de libertad, a la fecha no existen proyectos de ley que den solución a estos problemas sociales.

## Metodología

La presente investigación es de la modalidad de tipo jurídica. Resulta de esa manera porque se encuentra delimitada a un ejercicio de análisis normativo, teórico, doctrinario y jurisprudencial. El mismo se desarrolla de una manera descriptiva, crítica y analítica para concluir con un contexto teórico-conceptual, sin entrar al trabajo de campo o relacionados. Es también una investigación con enfoque cualitativo que no pretende realizar mediciones y se concentra en el estudio de categorías conceptuales que se desprenden de la pregunta y objetivos propuestos, en torno a la ley, la jurisprudencia y la doctrina, con la cual se genera el debate dialógico, para generar conclusiones alrededor del objeto investigado.

Para desarrollar el proyecto se tendrá que recurrir a la consulta bibliográfica y documental en procura de un estado del arte como insumo inicial del trabajo, así como un sondeo histórico. Lo así expresado, incluye documentos que contengan el desarrollo evolutivo relacionado con el área objeto de estudio; así también, las posturas doctrinarias en el plano internacional y nacional; y, la jurisprudencia de las altas cortes, como cumbre del desarrollo jurídico.

En la segunda etapa de la ejecución, se recopilará jurisprudencia y documentos oficiales, informes y estudios de corte investigativo que permitan evidenciar el estado de la cuestión en cuanto a la responsabilidad por omisión legislativa. También se deberá organizar de manera descriptiva y analítica, así como el marco normativo y jurisprudencial en Colombia.

Durante la tercera etapa, se realizará el ejercicio de análisis centrado identificar los casos en que se puede generar responsabilidad del Estado por omisión del legislador, de tal manera que se genere una taxonomía que describa las particularidades de la figura y sus implicaciones.

En la última etapa, como resultado de todo lo anterior, se elaborarán las conclusiones que surjan del ejercicio analítico, sistemático e integral alrededor del tema de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa.

## Desarrollo del tema

### 1. Perspectiva histórica de la responsabilidad del estado

Resulta importante destacar de manera breve el decurso de la responsabilidad del Estado a partir de un momento histórico en que no era admisible que los poderes estatales encarnados en los monarcas o gobernantes respondieran de sus actos. Seguramente se



podrá avizorar que en un momento cultural dominado por creencia en poderes sobrenaturales que se reconocían como cedidos a los reyes o jefes de los pueblos, no existía la posibilidad de reclamar de estos semidioses responsabilidad alguna.

La responsabilidad pese a no ser una regla que aludiera a los gobernantes, no es que haya estado ausente de las vivencias de la humanidad. Lo cierto es que desde que se tiene memoria histórica, todo daño que se causara por una persona o a sus bienes, (Bustamante, 1997) generaba al instante una exigencia de reparación, manifestada inicialmente a través de la venganza, es decir, devolviendo mal por mal, (ley del talión) como una forma de reparación muy a la usanza de los tiempos. De esa manera se expresaba la retribución por el dolor o la afrenta sufrida.

Sin embargo, la aparición de un poder para regular la venganza se observa con la consolidación del Estado como regulador de las penas; para esos efectos implica básicamente una reglamentación de la reparación en sus efectos. Aunque sigue siendo básicamente una venganza, ya se aparecía incorporada en la juridicidad de los pueblos y el sistema jurídico establece para cada delito (Bustamante, 1997) una cierta suma de dinero o valor en especie, según sea, que el ofendido está en la obligación de aceptar y el causante deberá pagar. Esta última forma de reparar, constituye en esencia el sistema de responsabilidad en el mundo moderno, con algunas variantes en la forma de reparar que pertenecen ya al orden de derecho civil y penal.

Así las cosas, la responsabilidad del Estado en un comienzo no se considera como posible y solo se puede hablar, de algo que se fundamenta o sostiene paradójicamente en la irresponsabilidad, (Marienoff, 1964) de tal manera que lo que se quiere afirmar es que se entronca en la ausencia de reproche o lo que es lo mismo decir, no se contemplaba. Es lo que se tiene por dogma durante mucho tiempo y se constituye en lo que se podría considerar, principio de irresponsabilidad.

Es claro que él una vez considerado el Estado como ente, el concepto de responsabilidad que proviene del derecho civil, resulta, plenamente aplicable. Ello no quiere significar que solo bajo esa apreciación el Estado comenzara a aceptar responsabilidad, pues tal postulado solo viene a ser considerado desde la doctrina en épocas recientes, soportada por las teorías de la personalidad jurídica del Estado. Pero no todo se podía aceptar de plano sin horadar intrincados caminos; es por eso que en principio solo se acepta la responsabilidad del sujeto civil; es decir, que se aceptaba y aplicaba una forma de responsabilidad civil que posteriormente se comienza a aceptar y se extiende a los agentes del Estado, pero individualmente considerados y no como sus representantes. Expresado de otra forma, se asumía la responsabilidad por actos (en cumplimiento de funciones) en cuanto causaran daño, pero no involucraban o vinculaban al ente llamado Estado.



Posteriormente se considera al Estado como ente dotado de personalidad jurídica, en un sentido que se entiende como la aplicación de una ficción que implica la concepción de persona como sujeto de obligaciones y deberes, consideración de derecho que resulta influenciada por teorías que desde el concepto de soberanía intentan resolver la cuestión. De alguna manera se daba por verdad cuasi dogmática, que no se podía reclamar del Estado por cuanto era este el soberano y todo, como era natural estaba a él sometido.

Abordado desde otra perspectiva, la responsabilidad del estado surge de la afectación (dependiendo del caso en concreto) ya sea moral o material en la que incurre el Estado frente a uno o varios sujetos de derecho, sin tener algún vínculo contractual; razón por la cual éste (el primero) debe indemnizar y reparar al último. Ello se basa en la idea de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable (Rodotá, 1964, p. 20). No obstante, no todo daño que se ha generado tiene el deber de repararse. El daño al que se hace referencia, es el causado u originado en una conducta, por cuanto los fenómenos naturales, escapan a la órbita de la responsabilidad, salvo que se considere en algún punto, el principio de solidaridad, pero este solo concepto lo excluye del análisis frente al objeto que se investiga.

## **1.2. El fallo blanco: un giro definitivo hacia la plena responsabilidad del Estado.**

Es acertado entender que para el derecho occidental, ha sido el derecho francés el que desarrollo o puso la primera piedra o bases del derecho administrativo y por ende de la responsabilidad del Estado. Es por eso que se hace necesario traer a colación uno de los hitos más emblemáticos como inicio de lo que hoy es la responsabilidad estatal. Se trata del “Fallo Blanco” que consigue separar el “code civil” que era el fundamento normativo para juzgar o reprochar los perjuicios que causara el Estado Francés, para crear lo que sería un compendio normativo con pretensiones de autonomía e independencia, dotado de principios y reglas que permitieron desarrollar el concepto de responsabilidad administrativa.

El fallo blanco consistió en un evento en que una niña fue atropellada y lesionada por un vehículo de una fábrica de tabaco, administrada por el consejo de estado. El señor Blanco, padre de la menor acudió ante la jurisdicción civil para que se declarará responsables a los operarios y al Estado responsable patrimonialmente y de manera subsidiaria de los daños; el tribunal civil no acepto la competencia y el tribunal de conflictos atribuyó la jurisdicción del caso a los Tribunales Administrativos.

La virtud del fallo blanco consistió en desligar del derecho civil, (para aquel entonces) el conocimiento de asuntos en los que los agentes del Estado o la propia administración se vieran involucrados.

Para reforzar lo anterior es bueno traer a cuento un aspecto relacionado con la teoría que resulta necesario para comprender el concepto de responsabilidad del Estado. Es el que tiene que ver con la Teoría del Órgano, (Jellinek, 1981) que postula que la personalidad del Estado se concreta o se plasma en los diferentes organismos que forman parte de su estructura. Conforme a lo anterior, el Estado resulta ser un organismo formado por administraciones mediante las cuales aborda sus funciones y cumple los fines estatales. Visto así, debe quedar claro que se encuentra implícito el concepto de órgano y organismo dentro de la persona jurídica (Cassagne, 1998) en cuanto el órgano deriva de esta última constituyéndose en una misma realidad como estructura.

Para referir al caso colombiano es acertado decir que las primeras consideraciones sobre la responsabilidad en general, vienen del código civil, que en sus artículos 2341 , 2347 y 2349 , entre otros, fungen como las fuentes normativas para declarar la responsabilidad. Luego ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia comienza a producir posiciones que tienen su fundamento en los citados artículos del Código Civil Colombiano. Lo anterior sirve como sustento también de esa responsabilidad que no era ya solo del funcionario sino de quien lo eligió o nombró y que por supuesto tiene el deber de vigilarlo. Posteriormente ya no es posible ver solo al funcionario respondiendo, sino al propio Estado, por la consabida responsabilidad al elegir y vigilar.

### **1.3 De la responsabilidad con culpa a la responsabilidad objetiva o sin culpa**

Para ilustrar mejor la evolución de una teoría de la responsabilidad por daño especial resulta relevante traer a colación el fallo del Consejo de Estado Francés en 1923, conocido como el caso Couitéas, (Repertoire de Jurisprudence II, 1923/2016) donde el Tribunal de Sousse en sentencia del 13 de febrero de 1908 había ordenado la conservación de la posesión que ejercía el actor sobre unas parcelas de tierra del campo Tabia-el-Houbira (Túnez), para lo cual le había reconocido el derecho de expulsar a todos los ocupantes. El ciudadano no logró que se cumpliera una orden judicial para el desalojo y tal impedimento configuraba un perjuicio que no debía soportar, toda vez que nace en la negativa de las autoridades a desalojar a los ocupantes ilegales, ante el riesgo de generar actos contra la seguridad y el orden público, en cuanto los indígenas se consideraban habitantes legítimos desde tiempos pretéritos. Y es que si bien la negativa de las autoridades era del todo legal y también legítima, supuso un daño que el propietario no estaba en el deber de soportar y por lo tanto debía ser indemnizado. (Paillet, 2001).

La realidad de que la actuación de la administración era legítima y sin embargo se causaba un daño antijurídico en cuanto violaba o rompía la igualdad ante las cargas públicas: Permitió al Consejo de Estado admitir por primera vez que cuando la Administración se abstiene legalmente de actuar ella puede comprometer su responsabilidad en la medida en que el perjuicio que causa no pueda mirarse como 'una carga que incumbe normalmente a la víctima. (Paillet, 2001, p.217).

Esta teoría hunde sus raíces en el derecho civil y surge por allá en plena responsabilidad industrial, ante el aumento de los daños sufridos por obreros en las factorías a consecuencia de la manipulación de las máquinas. Aunque aún en embrión, (teoría de las cargas públicas) tenía que ver con la no obligación de soportar cargas mayores, derivadas de riesgos determinados por otras personas.

Con esta teoría ya no se pretende que sea una persona la directamente responsable del daño causado, sino todos aquellos que en determinado momento tomaron la decisión de asumir ciertos riesgos dentro de los que entre las consecuencias se encontraba el que pudieran generar daños. En otras palabras, con la teoría del riesgo se concluye que todos los que intervienen en la creación del riesgo y crearon las condiciones para que el daño se produjese, deben responder. Y no es que se trate de una situación ilícita, sino que se produce dentro del actuar legal de una persona.

#### **1.4 La teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva.**

Se parte de afirmar que el tránsito de la legislación civil a los aspectos de responsabilidad del Estado, se centra en un postulado conocido como la teoría del riesgo. Esta, inicialmente solo se aplicó al campo de la responsabilidad civil extracontractual y era un criterio para determinar la responsabilidad de las personas (naturales o jurídicas) involucradas en el daño ocurrido a otra persona (natural o jurídica), habida cuenta de que no era obligación de la persona soportar el daño que se le ocasionó. Por supuesto, en estos eventos solo son responsables de los daños de tipo extracontractual todas aquellas personas que efectúan una conducta que tenía el riesgo de que se presentara en concreto un resultado dañoso.

Es decir, son responsables todos aquellos que asumen el riesgo de llevar una acción que puede tener una consecuencia dañosa para las otras personas, aun cuando la persona que asuma el riesgo efectúe la actividad o conducta con el mayor cuidado y perfección posible. En otras palabras, es responsable todo aquel que lleve a cabo una conducta que conlleva el riesgo de un resultado dañoso. Para el efecto, si ese resultado se presenta, deberá que responder patrimonialmente.

## **2. La responsabilidad del legislador**

Como ya se adelantó en líneas precedentes, dentro de los regímenes de responsabilidad extracontractual del estado destaca el daño especial y dentro de este, el causado por la actuación legítima del mismo. En tal caso se debe separar este tipo de responsabilidad en tres subcategorías: responsabilidad administrativa, judicial y legislativa.

Se ha de partir, en refuerzo de lo ya anotado, que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y para el caso que nos ocupa, el legislador es una autoridad más, sometida a la norma superior, que se rige por lineamientos constitucionales y es por esa razón que debe responder por el daño que cauce a los administrados. Como ya se anotara, si bien no se encuentra regulada de manera amplia la responsabilidad del Legislador, lo cierto es que la Carta Suprema no deja dudas cuando establece la cláusula general de responsabilidad; de tal forma que la responsabilidad por los hechos, acciones y omisiones en que incurra el legislativo es de rango constitucional.

Centrándonos en la que es objeto de la presente reflexión, tenemos la responsabilidad del Estado legislador, que como se había referido en líneas precedentes, en tanto generalidad de la responsabilidad, parte de un Estado irresponsable en cuanto era considerado la expresión o manifestación cumbre de la soberanía del Estado y en tal evento estaría considerado por encima de toda responsabilidad. Es entonces como se afirmara, (aún después de aceptada la responsabilidad de los jueces y administradores a finales del siglo XIX) que el legislador no se encontraba sujeto a la ley, (Bielsa, 1966) llegando a afirmarse como un dogma, que siempre que la ley aunque causara perjuicios constituía una expresión de la voluntad general (Marienhoff, 1964) y por lo tanto también de la voluntad de los que sufren el daño.

Ahora bien, ya en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del estado legislador, considerada aún al margen de la cláusula general de responsabilidad, encuentra uno de sus fundamentos en la supremacía de la norma constitucional, (Art. 4. C.P.) en cuanto la consagra como norma de normas y en tal evento quiere significar, (y así lo establece) que todas las actuaciones de autoridades y particulares deben ceñirse a ella y además ser responsables.

Desde esta perspectiva jurídica, y habida cuenta de que la ley se expide por un órgano cualificado, no podía entonces y menos hoy, predicarse la irresponsabilidad del legislador, si en su actuar (aún legítimo) causa daño antijurídico. Y es que tal premisa encuentra fundamento mayor en cuanto el efecto dañino configura violación de derechos constitucionales, aún en el solo rompimiento de equilibrio de las cargas públicas.

Consecuente con lo anotado, tal vez si se considerase la soberanía del Estado, tendría algún asidero la irresponsabilidad del Estado, pero en la vigencia del Estado Social de derecho preconizado en la Constitución de 1991, (Art. 1) la soberanía reside de manera exclusiva en el pueblo, “del cual emana el poder público, es decir, el pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (art. 3. C.P); de lo cual se infiere sin asomo de duda, que el legislador ejerce una soberanía por delegación del constituyente y en tal evento implica responsabilidad.

Es así como podrían surgir reparos o dudas al considerar la responsabilidad del legislador, fundados en el argumento de que la ley tiene efectos “erga omnes” y como tal hace parte de los deberes de todos como observancia y en tal sentido una carga pública legítima asumida en igualdad. Obsta sin embargo afirmar, que en cuanto a unos afecte de manera negativa o de manera positiva, el hecho de tener carácter general una ley, en el evento de causar daño a persona o personas determinadas, desborda de manera inequívoca el equilibrio de las cargas públicas; circunstancia que genera responsabilidad.

Se ha de emitir un juicio razonado frente a este punto de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en Colombia en el sentido de que como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa en el desarrollo que delega toda su carga en la jurisprudencia. Lo anterior, pese que existe la cláusula contenida en el Artículo 90 de la Constitución Nacional, disposición que consagra un principio general de responsabilidad que en ningún caso puede ser desatendido, criterio también acogido por la Corte Constitucional.

Lo cierto es que pese a la inactividad del legislador lo que ha sucedido es que la Jurisprudencia ha sentado posturas y creado figuras que han posibilitado la declaración de responsabilidad estatal en casos que antes era toda una utopía. Es decir, los jueces de las altas cortes han sentado y desarrollado el derecho, lo que equivale a crearlo, asumiendo al tiempo el rol de Juez y Legislador.

Es necesario mostrar aspectos que también son contextuales en lo que se refiere a que la responsabilidad del legislador tiene varios subcomponentes y por tanto es menester hacer un breve recorrido para relacionar estos eventos o tipos de responsabilidad, relacionados con la actividad del legislador.

## **2.2 Responsabilidad por el hecho de la ley no controvertida**

Es útil hacer breves consideraciones acerca de este tipo de responsabilidad del legislador, para ir tomando rumbo hacia la omisión como centro del trabajo, como un contexto necesario o por lo menos relacionado con toda la esfera de la responsabilidad en este preciso campo. El evento de ley no controvertida se tiene por aquella actuación legítima y especialmente cuando se trata de normas no controvertidas que pese a su condición de incólume, causa sin embargo daño antijurídico que debería ser reparado. Por tal razón el ejercicio descriptivo analítico se circunscribe de manera especial a lo anotado, sin dejar de lado cuestiones relacionadas con la extensión de esta responsabilidad a los actos administrativos propiamente dichos.

En el preciso evento de daño antijurídico por el hecho de la ley siendo esta legítima y absolutamente constitucional, el Consejo de Estado aplicó por primera vez el régimen del

daño especial por el hecho de la ley, (Sentencia del 25 de agosto de 1998) para el caso de una demanda presentada por los familiares de una persona atropellada por un automóvil diplomático, quienes estimaron que la Nación era responsable como consecuencia de la Ley 6ª de 1972, que aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la cual estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática, que impide accionar para obtener la reparación, aunque se deja a salvo la posibilidad de demandar ante la justicia del estado acreditante.

### **3. La omisión legislativa como daño especial: conceptos y desarrollo histórico.**

Necesario resulta en este punto partir de las consideraciones jurídicas alrededor del significado de la norma. De singular importancia es exponer algunas conceptualizaciones que permiten seguir el desarrollo histórico del concepto de norma y su lugar dentro de un sistema jurídico. Se ha de comenzar por referir a conceptos básicos que constituyen el positivismo jurídico a la mejor manera del Estado decimonónico. En consecuencia, se parte de la validez de la norma como presupuesto de eficacia y en consideración a su ubicación jerárquica.

Pero puede decirse que muy pronto se vislumbró la necesidad de no solo controlar el poder, otrora omnímodo del parlamento, sino de endilgarle responsabilidad por faltar a sus deberes con la comunidad del Estado. De hecho, en su obra “Transformaciones del derecho público” el doctrinante Leon Duguit, (1926) en síntesis dejaba entrever en cuanto a la responsabilidad del legislador, que pese a que el parlamento se concibiera como un poder soberano que excluía la responsabilidad, su responsabilidad podía comprometerse por un acto o decisión individual; por ejemplo al expedir un regulación.

Es sin duda importante describir en términos conceptuales el complejo fenómeno de la omisión legislativa, máxime cuando aún se encuentra, en cierta forma, en el mundo de las ideas y en un panorama fáctico poco probable o materializable, en términos de constitucionalismo.

Resulta apropiado concluir, que la omisión deviene en daño antijurídico por la inactividad o la demora excesiva en desarrollar los mandatos supremos y se materializa en términos de daño antijurídico, con la vulneración de la norma constitucional en cuanto impide su eficacia.

Se debe partir de considerar que el desarrollo de la Constitución se materializa en la expedición de leyes por el consabido mandato constitucional que impone al legislador tal carga. No hacerlo o hacerlo a destiempo, es decir, incurrir en incumplimiento del mandato supremo, implica la virtual ocurrencia de un daño antijurídico. Pero aun cuando no es expreso el mandato y solo se advierte por el Juez de la jurisdicción constitucional como una orden-

recomendación y el legislador no lo asume, también incurriría en responsabilidad que puede ser indemnizable.

Al referir a una teoría de la omisión del legislador o legislativa se hace relación a una idea del derecho consistente en que se trabaje o se defienda la efectividad de los derechos consagrados en la Carta Fundamental ya que su inobservancia por cuenta del fenómeno de la omisión, vulnera principios fundantes de la Nación y por ende de los ciudadanos; motivo este que materializa el daño antijurídico.

Para Fernández Segado (1997), al referir a la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del legislador, lo cierto es que, “cuando la Constitución consagra un derecho y ordena a un órgano del Estado a ponerla en movimiento, ese poder está obligado a proporcionarle fuerza ejecutoria y su abstención conducirá a reproducir un daño o gravamen contra un sujeto. (p. 47).

Lo cierto es que no se puede llegar a pensar que el legislador solo responda por acción, pues la omisión implica daños y máxime cuando la Norma constitucional implica una orden para desarrollar sus contenidos abstractos en beneficio de los administrados. Y es que la orden no necesita ser directa pues al legislador le corresponde la tarea de realizar los derechos consagrados en la constitución, en armonía con el concepto de Estado Social de Derecho. Es decir, que la Constitución le confió al legislador un rol activo no solo en desarrollo de las instituciones, sino para el logro o satisfacción de derechos sociales y económicos. Es por tal razón que la aparente discrecionalidad para desarrollar la constitución, no puede confundirse con una anarquía o paquidermia que lo torne indemne al control judicial.

Podría llegar a pensarse que en principio el concepto de omisión legislativa no es nuevo, pero lo cierto es que atendiendo a sola semántica podría pensarse que no es posible entrar a discurrir sobre algo que aún no tiene entidad o existencia en el sistema jurídico. No obstante si se piensa que al omitir regular se desconoce la Carta Superior y se torpedea el cumplimiento de los fines del Estado, estamos frente a vulneraciones de gran calado y complejidad.

### **3.1 El daño especial y su evolución histórica en el Estado Colombiano.**

Llegar a aceptar que el Estado debe responder incluso cuando actúa dentro del marco de la ley, ha sido un trasegar tortuoso y casi estéril, habida cuenta de la resistencia a acatar el concepto de responsabilidad como vinculante para todos los poderes del Estado. Más aun cuando si bien, ya se aceptaba la responsabilidad, no por eso se aceptaba que cuando mediaran actuaciones legítimas, al causar daño se debía reparar.



Se tiene por cierto que la responsabilidad del Estado en Colombia ha tenido un infortunado desarrollo en términos de regulación a través de la ley, pero no es menos cierto que la jurisprudencia de las altas Cortes, ha tenido un papel preponderante, si no, definitivo, al formular reglas y criterios que resultan vinculantes ante la ausencia de legislación frente al tema.

Sin embargo, para no despreciar los aportes que se han dado en el pasado y frente a lo que ha sido la evolución de la responsabilidad estatal en general, resulta útil traer a este documento un singular aporte de la normativa constitucional que establece un concepto de reparación a cargo del Estado, en el artículo 177 de 1821, que contempla una compensación a favor de quien haya sido privado de la propiedad con el fin de aplicarla a usos públicos. (Botero, 2007, p.127).

Así mismo, en la Constitución Política de 1886, en su artículo 76, referido a las atribuciones del congreso para hacer las leyes, confirió a este la facultad de, conceder, por mayoría de dos tercios de los votos en cada Cámara, y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. Ya en el segundo inciso establece que: (...) En el caso de que los favorecidos queden eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Gobierno estará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar. (Num, 21).

Para el profesor Tamayo (2014), por lo regular, “el daño especial no se deriva de la peligrosidad de la actividad estatal, sino del ejercicio lícito de sus funciones, como cuando se expide una ley en beneficio de la comunidad y en perjuicio de unos pocos” (p. 109) y es lo que sucede generalmente cuando se trata de conjurar un problema que afecta a la colectividad políticamente considerada, pero termina lesionando intereses de un grupo determinado.

Así las cosas, para que se configure el daño especial, como título de imputación, se deben cumplir presupuestos como el referido a que la administración actúe de manera legítima, que exista la ruptura del equilibrio de las cargas públicas y, que entre al acto de la administración y el daño se evidencie el nexo que señale al Estado, como responsable.

Como conclusión parcial surge como aspecto a considerar que una vez que se acuda a la teoría del daño especial como sustento del factor de atribución, necesariamente se debe prescindir de la tesis de la falla del servicio, ya que el elemento esencial es la actuación legítima de la Administración, a no ser que surja que existió la falla.

### **3.2. La Constitución de 1991 como la culminación del propósito de consagrar la responsabilidad objetiva.**

Valga a manera de comentario traer a cuento que la cláusula general de responsabilidad que establece la Constitución de 1991, ha significado de alguna manera, una dificultad para el

legislador y posiblemente se deba a que no se han considerado sus ventajas. Sabido es que tal cláusula es la obra del Constituyente de 1991, que vio la necesidad de involucrar a todos los poderes, incluido el legislativo que hasta el momento había gozado de inmunidad, debido a su inveterada fama de supremo en virtud del poder de hacer la ley.

Como si pudiera servir de impulso efectivo para que el legislativo regulara la responsabilidad administrativa del Estado, el constituyente del 91, fue consecuente con los Fines del Estado Social de Derecho y consagró la cláusula general de responsabilidad en el artículo 90 de la Carta Política (1991).

Los reparos formulados, hacen referencia tal vez a la ausencia de criterios jurídicos en leyes positivas y en cuanto que pese al rango constitucional entronizado en el artículo 90 de la Carta Política, ha sido la jurisprudencia la que ha debido subsanar lo que podría considerarse omisión del legislador frente a su deber como desarrollador de los mandatos supremos.

Ahora bien, se ha llegado a pensar que la llegada de la responsabilidad objetiva implicaría el fin de los conceptos de falla del servicio, sin embargo es una errada consideración pues no podría simplemente desaparecer la tesis de la falla del servicio como generador de responsabilidad. Tal desacierto no tiene cabida ya que la responsabilidad objetiva opera en los eventos en que no exista la culpa, pero que sin embargo se ha causado daño con un actuar legítimo y ajustado a la ley.

A ojo de buen cubero, se puede aceptar que existe validez en ese razonamiento que ha sido tenido por una tesis mixta. No obstante, bajo las reglas del sentido común se asume que no se está sino frente a una evolución del derecho que ha logrado que todos los poderes se sometan a la constitución; y no solo los poderes, sino también todos los actos al margen de si existe la reprochabilidad en la conducta o esta carece de anomalías. Como corolario de lo anterior se tiene que no ha desaparecido el concepto de falla del servicio, sino que lo que ha ocurrido es que en virtud de una interpretación del daño antijurídico y la imputabilidad que constituyen una diada, se ha debido entender que los actos que producen consecuencias, pese a estar revestidos de legalidad, son susceptibles de generar responsabilidad.

#### **4. La jurisprudencia como desarrollo de la responsabilidad del legislador.**

Cuando se afirma que la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador no ha tenido desarrollo legal muy afortunado, no se puede dejar de advertir, que no obstante, la propia Constitución colombiana establece de manera expresa algunos casos o circunstancias concretas que obligan a la reparación por la actuación del legislador. En primer lugar es necesario comenzar por reconocer que la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está especialmente consagrada en el artículo 90 constitucional. Al fungir como regla general, cualquier otra

posibilidad sería improcedente por carecer de fundamento en la Carta constitucional desde la concepción como Estado Social de Derecho y desde los principios y valores constitucionales como la solidaridad, la equidad, la igualdad y la justicia material.

Existen sin embargo, supuestos legales en la propia Constitución y son para eventos como los que pudieren ocurrir con la figura de la expropiación (artículo 58); la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio rentístico (artículo 336), o cuando el Estado se reserva a su arbitrio, actividades de contenido estratégico o los mismos servicios públicos (artículo 365 constitucional) determinando que deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Tampoco se puede ignorar que la responsabilidad del Estado legislador se prevea exclusivamente respecto de los citados eventos. También existe una responsabilidad estatal como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, siempre que exista la demanda debidamente soportada en cuanto a los perjuicios, ya que su fundamento lo constituye la noción de daño antijurídico.

Aparte de las citadas normas constitucionales que establecen con detalle el responsabilidad por el hecho de las leyes, (Lo cual no es lo adecuado, máxime cuando el texto superior solo debería contemplar normas abstractas, para ser desarrolladas por la ley) es evidente que no existen en el sistema jurídico colombiano, reglas legales para definir la responsabilidad por el hecho del legislador o hecho de la ley, (cuando esta es legítima y conforme a la carta fundamental) más allá de las previsiones de la Constitución Nacional y ha debido ser la jurisprudencia la que ha generado pronunciamientos acerca de la configuración del daño antijurídico como daño especial por el hecho del legislador.

Importantes resultan para el asunto objeto del presente artículo, aclarar que los mayores acercamientos a un desarrollo de la responsabilidad por el hecho del legislador, han surgido de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Los criterios así formulados pretenden ser la puerta de entrada para la vigencia de una responsabilidad desde el legislador. Se abre así el campo para incluir dos variantes de la responsabilidad del legislador: por omisión legislativa y por el hecho de la ley.

#### **4.1 Las posturas de la Corte Constitucional frente a los fundamentos de la responsabilidad desde el daño antijurídico.**

Como antecedente jurisprudencial hito en cuanto a la omisión legislativa, es válido citar la Sentencia de la Corte Constitucional C – 543 de 1996, en la que magistralmente define dos tipos de omisión, la absoluta y la relativa:

(...) cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución,

favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que [sic] si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

La jurisprudencia frente al daño antijurídico ha tenido especial relevancia al salir al paso para formular criterios de interpretación. Se destaca en ese sentido la Corte Constitucional, (2004) cuando entre otras, en la sentencia C – 043, aclaró:

El sentido de la antijuridicidad en el daño implica 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. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Lo que se deduce es que la esencia del daño antijurídico implica no cualquier daño, pues bien sabido es que existen daños que los administrados deben soportar porque así se establece en la ley, y solo aquellos no especificados como comunes a todos deben repararse. En otras palabras, solo aquellos que además de desbordar las cargas comunes a todos, se puedan evidenciar como provenientes de la actividad estatal.

#### **4.2 El consejo de Estado.**

En el plano jurisprudencial es importante el aporte del Consejo de Estado (2011) en sentencia de 7 de abril de 2011, aclara respecto del concepto de daño antijurídico que no es aquel que se origina en un actuar ilícito sino que se trata de: "La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo" (C. P. Mauricio Fajardo Gómez).

El daño antijurídico para los efectos del presente trabajo, es el que se encuentra íntimamente relacionado con aquel que desborda el daño que todos los ciudadanos están obligados a soportar y que además es imputable a la persona jurídica Estado. Dicho de otra forma, el daño antijurídico se evidencia al inferir que no está dentro de aquellas cargas que todo ciudadano o persona debe soportar conforme al ordenamiento legal.

## Conclusiones

El sistema jurídico colombiano, partió de un concepto nutrido por las teorías que respaldaban la irresponsabilidad del estado, inicialmente por la configuración del estado de derecho donde todo está sometido a la ley y adicionalmente la consagración de la soberanía del Estado, lo cual lo colocaba por encima de la ley.

El sistema colombiano de responsabilidad del Estado toma influencias del derecho francés, inicialmente en el hito que se instituyó con el denominado fallo blanco que tuvo la virtud de separar las cuestiones derivadas de las actuaciones administrativas del derecho civil, creando así lo que hoy se conoce como la jurisdicción administrativa.

En relación con la teoría de la responsabilidad por daño especial, también el derecho Francés resulta relevante por el fallo del Consejo de Estado Francés en 1923, conocido como el caso Couitéas, dentro del cual frente a una omisión del estado para garantizar un derecho adquirido y refrendado por los jueces, el ciudadano afectado logra ser indemnizado.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, adquiere rango constitucional la teoría del daño antijurídico como requisito para irrogar responsabilidad al Estado, mediante la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la carta suprema, según la cual todo daño antijurídico que se cause a una persona debe ser reparado.

En Colombia, el Consejo de Estado acoge la teoría del daño antijurídico bajo el entendido de que no es aquel que se origina en un actuar ilícito sino que se trata de la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima o afectado no está en la obligación de soportar, en cuanto rebasa el equilibrio de las cargas públicas o comunes a todas las personas o administrados.

Dentro de los regímenes de responsabilidad extracontractual del estado destaca el daño especial y dentro de este, el causado por la actuación legítima del mismo que a su vez se divide en tres subcategorías: responsabilidad administrativa, judicial y legislativa.

La Constitución colombiana consagra eventos frente a los cuales se genera la responsabilidad del legislador como los previstos con la figura de la expropiación (artículo 58); la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio rentístico (artículo 336), o cuando el Estado se reserva a su arbitrio, actividades de contenido estratégico o los mismos servicios públicos (artículo 365 constitucional).

En el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del estado legislador, se fundamenta en el Estado Social de derecho que consagra el artículo 1), el principio de soberanía popular (art. 3) en la supremacía de la norma constitucional, (Art. 4. C.P.) y en la cláusula general del artículo 90.

Por vía jurisprudencial se aceptan dos variantes de la responsabilidad del legislador: la primera por omisión legislativa absoluta y relativa; y la segunda por el hecho de la ley, entendiendo que con las dos formas se vulneran derechos a los asociados.

Dentro de la responsabilidad por el hecho de la ley, existen variantes como la que genera obligación reparar por los daños antijurídicos causados por una ley declarada inexecutable y ante los perjuicios causados por la vigencia de una ley válida o no controvertida.

El título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, se materializa con el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales y que la persona no está en obligación de soportar en un nivel mayor que todos los demás.

La vía para reclamar el perjuicio originado en la actividad lícita del legislador y de la administración cuando expide leyes y actos administrativos, respectivamente, cuya legalidad no es controvertible, es la reparación directa, toda vez que se configura un daño especial que en principio, debe ser resarcido.

Frente a la omisión del Legislador, en vista de la ausencia de un control más expedito o eficaz para reclamar actividad y sancionar la inactividad, el juez administrativo se empodera para sancionar tal inacción como una forma de control y una de justicia en términos de reparación a los afectados.

La responsabilidad del Estado en general ha transitado por un complejo camino sembrado de ausencias en cuanto a su regulación por medio de la ley, lo cual ha llevado a que sea la jurisprudencia la encargada de elaborar, más que reglas, criterios para suplir el vacío normativo.

## 6. Referencias Bibliográficas

Aguiar, M. (2012). El daño especial como régimen aplicable para endilgar responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad. Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 17. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Alessandri, A. (1943). De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno. (2º Ed.) Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.

Alonso, M., & Leiva, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Estudios sociojurídicos. 13 (2). p.p. 77 – 106. Julio – diciembre de 2011.

- Anderson, P. (2007). El Estado Absolutista. Madrid: Editorial siglo XXI de España, Editores.
- Bazán, V. (2010). Responsabilidad Patrimonial del Estado por Omisión Legislativa. Bogotá: Editorial Ibáñez
- Bernal, N. (2003). El control de constitucionalidad de la ley. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Bidart, G. (1997). Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales. En: Inconstitucionalidad por omisión. Víctor Bazán, coordinador. Bogotá: Temis, 1997
- Botero, L. (2007). Responsabilidad patrimonial del Legislador. Primera edición. Bogotá D.C. Legis editores S.A.
- Bustamante A. (1997). Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9 ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Cassagne, J. (1998). Derecho Administrativo. Tomo I. (6ª, Ed.). Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. (29 de agosto de 2012). Radicación número: 13001-23-31-000-1995-10136-01(24356). Consejera Ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de Marzo de 1993. C. P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá. Leyer.

## DOCUMENTOS PAGINA WEB

- Colombia. Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de siete (7) de abril de 2011. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente (20750). Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/68001231500019990150501.pdf>
- Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 25 de agosto de 1998. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente (Rad. IJ-001). Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_759920418af6f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920418af6f034e0430a010151f034)
- Colombia. Constitución Colombiana de 1821. Disponible en: [http://www.ellibrototal.com/ltotal/?t=1&d=5343\\_5275\\_1\\_1\\_5343](http://www.ellibrototal.com/ltotal/?t=1&d=5343_5275_1_1_5343)



Colombia. Constitución Política de Colombia de 1886. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>

Colombia. Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>

Colombia. Corte Constitucional. (29 de noviembre de 2005). Sentencia C- 1235 de 2005. (Expediente D-5837). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1235-05.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 543 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-043-04.htm>

### Trabajos citados

Henao, J. (1998). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho Colombiano y Francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Forsthoff, E. (Ed.) (1976). El Estado de la sociedad industrial. Madrid: IEP. Irisarri, C. (2000). El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. (Tesis De Grado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Paillet, M. (2001) La Responsabilidad Administrativa. (J. M. Carrillo Ballester, trad.) Bogotá: Universidad Externado.