

LA OMISIÓN LEGISLATIVA COMO HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

LEGISLATIVE OMISSION AS THE GENERATOR OF
EQUITY RESPONSIBILITY FROM THE STATE

Olga Cecilia González Noriega

CITAR ESTE ARTÍCULO COMO: GONZÁLEZ , O. (2016). LA OMISIÓN LEGISLATIVA COMO HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. *REVISTA VERBA IURIS*, 11(35), pp. 41-63.

Resumen

Admitida la responsabilidad por la omisión legislativa, y siendo ella antijurídica, el Estado se encuentra obligado a reparar los perjuicios que produzca a los asociados. Corresponde esta forma de responsabilidad a una responsabilidad objetiva, cuyo fundamento se encuentra en el principio de igualdad, aplicándosele los fundamentos de la responsabilidad del Estado por acción a partir de la noción de falta del servicio.

En este marco de desarrollo jurídico, en la presente disertación partiendo del estudio del Estado Social de Derecho como sustento de la responsabilidad del Estado, se analizará el desarrollo que ha tenido en reconocimiento de la responsabilidad del Estado-Legislador en el derecho comparado y en el derecho interno, para luego establecer el tratamiento dado a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa. Se demostrará igualmente como hoy todo tipo de responsabilidad imputado al Estado debe ser reparado con fundamento en la teoría del daño antijurídico, en el que se debe responder por los daños que ocasione a los administrados por desconocimiento al principio de la igualdad de las cargas públicas. Posteriormente, se

Fecha de Recepción: 12 de noviembre de 2015 - Fecha de Aprobación: 9 de marzo de 2016

- * El presente artículo es producto del proyecto de investigación titulado: “La responsabilidad del Estado por el daño antijurídico de la falta de regulación o por la regulación legítima”, para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás (sede Bogotá). Dicho proyecto de investigación ha sido financiado por la Universidad Industrial de Santander –UIS–, a través del apoyo económico que la citada Universidad otorgó a la autora del artículo.
- ** Abogada y docente de la Universidad Industrial de Santander –UIS–. Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander –UIS–. Correo electrónico: ogonzaleznoriega@gmail.com

Reception Date: November 12, 2015 Approval Date: March 9, 2016

- * This article is product of the research Project: “State responsibility for unlawful damage from the lack of regulation or self-regulation”, to obtain the PhD degree in Law from Universidad Santo Tomás (Bogotá). The mentioned research project has been funded by Universidad Industrial de Santander (UIS), through economic support provided by the university to the author of the article.
- ** Lawyer and professor at Universidad Industrial de Santander (UIS). Magister in Legal and Law Hermeneutics, Universidad Industrial de Santander (UIS). Electronic mail: ogonzaleznoriega@gmail.com

establecerá el título de imputación jurídica que permite hacer efectiva la reparación de los daños cuando es declarada la responsabilidad del Estado por omisión legislativa.

Palabras clave: Estado Social de Derecho. Principio de Legalidad. Daño antijurídico. Responsabilidad objetiva.

Abstract

Admitted responsibility for legislative oversight, she being unlawful, the State is obliged to repair the damage that occurs to partners. It is for this form of liability to strict liability, whose foundation is in the principle of equality and is covered by the foundations of state responsibility for action based on the notion of lack of service

Within this framework of legal development in this dissertation from the study of the rule of law as the basis of state responsibility, we go to analyze the development that has taken in recognition of the responsibility of the state Legislature in comparative law and domestic law, in order to establish the treatment given to the responsibility of States for legislative omission. It also will demonstrate how today all kinds of imputed liability to the State must be repaired on the basis of the theory of unlawful damage, which should answer for the damages caused to citizens due to ignorance the principle of equality of public burdens. Subsequently, the title of legal complaint that allows effective repair damage when declared state responsibility is established by legislative omission.

Key words: Rule of Law. Principle of Legality. Unlawful damage. Strict Liability.

Introducción

Los dos grandes soportes del Derecho administrativo son el principio de legalidad, entendido como el sometimiento de la actuación del Estado a normas previamente establecidas y, la obligación que le asiste al Estado como sujeto de derecho, de responder por los perjuicios que ocasione.

La lesión de los derechos de los administrados puede provenir de la actuación y la omisión del Estado proveniente de cualquiera de sus órganos: judicial, legislativo y ejecutivo. Se ha reconocido desde un principio responsabilidad proveniente de las faltas cometidas por el órgano administrativo del poder público, siendo reacios a reconocer un régimen particular de responsabilidad del

Estado - Legislador y más explícitamente la responsabilidad por omisión legislativa así como establecer los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República.

El problema de investigación que se postula en las presentes líneas es el siguiente: ¿La responsabilidad del Estado cuando causa daños por la omisión legislativa, se califica como responsabilidad objetiva sustentada en la falta del servicio? Para el efecto, se considera que siendo la responsabilidad por omisión legislativa antijurídica, el Estado debe entrar a responder por los perjuicios que ocasione prescindiendo del elemento culpa, dolo o negligencia por tratarse de responsabilidad objetiva por rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

1. El Estado Social de Derecho: sustento de la responsabilidad patrimonial del Estado

Con el desarrollo de las relaciones de producción capitalistas, el Estado abandona su posición de simple espectador para transformarse en Estado intervencionista, prestador de servicios públicos. Esta nueva concepción basada en la noción de servicio público, influye de manera directa en la responsabilidad del Estado. Si el servicio público funciona en beneficio de todas las personas, los daños que ocasione ese funcionamiento deben repararse por razones de equidad.

Con la Constitución de 1991, se consolida entre nosotros una nueva forma de Estado: Social de Derecho. Colombia pasó de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, lo que conllevó la presencia de una Constitución social, en la que el ciudadano pasa a ser el centro de la actividad del Estado. Para la Corte Constitucional, el Estado Social de Derecho:

...instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de Derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formal tiene lugar en el Estado Social de Derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales¹.

Este cambio, llevó a superar las posiciones jurídicas de irresponsabilidad del Estado, en que no se respondía por los daños causados en la prestación del servicio público a su cargo o en el desarrollo de su actividad. Fue la jurisprudencia, en especial la de la Corte Constitucional en sus primeros fallos, la que empieza a reconocer que el Estado se considera jurídicamente sujeto de responsabilidad por los perjuicios que ocasionaba en su actuar.

Si bien, en nuestro ordenamiento constitucional la responsabilidad del Estado tiene sustento en el artículo 90 al establecer la “Cláusula General de Responsabilidad”, también lo tiene en el artículo 1°, en especial en el carácter de Estado Social de Derecho, en la medida en que el Estado tiene obligaciones frente a los administrados, entre ellas, prestar los servicios que requieran y por lo tanto, se hace responsable de los daños que con su acción y omisión cause, debiendo por lo tanto entrar a repararlos. Para la Corte Constitucional:

El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente².

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se introdujo en nuestro ordenamiento el fundamento constitucional

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-3038 de 1992.
MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

² Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001.
MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

de la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo posible imputar responsabilidad cuando se ha tipificado una irregularidad y ésta ocasiona un daño a los administrados. La administración, responde de acuerdo al precepto constitucional, por toda lesión que los particulares sufran por el hacer, no hacer y actuar de la administración como acto de gestión pública, de tal suerte que, el no imputar responsabilidad por la gestión del Estado sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional. Al respecto se refiere la Corte Constitucional:

La responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Estado 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 Constitución³.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 estableció la Cláusula General de Responsabilidad que señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”. Se constituyó así, la responsabilidad del Estado como una de las piedras angulares del Estado de Derecho y como una garantía ciudadana fundamental, como lo sostuvo en su momento el constituyente y ponente de la

iniciativa, el doctor Esguerra Portocarrero⁴. A partir de la Constitución Política de 1991 se hace responsable al Estado de reparar los daños provenientes de su acción u omisión, bajo dos ejes centrales: el daño antijurídico y la imputación al Estado.

La norma constitucional, contiene una regla general de responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en el daño antijurídico que instituye la obligación de reparar el perjuicio prescindiendo de todo tipo de ilicitud o culpa en la ejecución del hecho, apoyándose en la protección y garantía de los derechos de los administrados, y comprende no sólo la responsabilidad sino también el sistema de responsabilidad precontractual y la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

A partir de la consagración del principio fundamental del Estado de ser un Estado Social de Derecho, éste adquiere la obligación de asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; adquiere una obligación de resultado: prestar en forma adecuada el servicio público, e igualmente adquiere la responsabilidad de responder por la afectación de los bienes jurídicamente protegidos de los administrados.

2. El Principio de legalidad y la responsabilidad del Estado

El reconocerle a un Estado la característica de ser “Estado de Derecho”, implica que su actuación debe estar en todo momento sometida a las normas previamente establecidas.

³ Corte constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis, 2008, p. 300.

Es en virtud del principio de Legalidad, que si con su actuación ocasiona daños antijurídicos a los administrados, se impone la obligación de repararlos. Al respecto sostienen García de Enterria y Fernández:

... los principios que rigen las actuaciones administrativas son dos: el primero de ellos, el principio de legalidad, entendido como el actuar de la administración conforme a la ley; y el segundo, su obligación de responder por los perjuicios causados con su actuación, atendiendo el principio de responsabilidad patrimonial de los entes públicos.⁵

El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, continúan los autores, se constituyen "... en los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del poder, depende justamente de su correcto juego"⁶. Siendo la responsabilidad del Estado, límite a la actividad de la administración y contrapartida de la violación de las libertades y derechos ciudadanos, su papel es de gran trascendencia en el orden político, toda vez que se constituye en un instrumento no solo de resarcimiento del derecho sino de defensa de la libertad.⁷

⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid, España, Civitas, 1993. Citado por: URIBE ACOSTA, Julio Cesar. Apuntes Útiles para dictar clase. Doctorado en Derecho. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2011, p. 87

⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid, España, Civitas, 1993, p. 355.

⁷ URUETA AYOLA, Manuel. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Recopilación Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Facultad de Derecho. Posgrado en Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia: 2005, p. 165.

La responsabilidad se encuentra íntimamente unida al funcionamiento eficaz del orden jurídico, concebido éste como un orden de obligación, porque no puede existir obligación sin la consecuente sanción por su violación. Es en este sentido, que resulta procedente hacer referencia al profesor Hinestrosa para quien "...la responsabilidad hace posible las obligaciones jurídicas".⁸

3. Responsabilidad del Estado Legislador

La lesión de los derechos constitucionalmente reconocidos de los ciudadanos, puede provenir tanto de la actividad como de la inactividad del Estado y de cualquiera de sus funciones principales, legislativa, judicial y ejecutiva; por ello en los ordenamientos jurídicos deben estar contenidos mecanismos que permitan la reparación del perjuicio cuando dichos derechos se vean afectados.

Cuando se empieza a reconocer responsabilidad del Estado por su acción u omisión, solamente se predicaba de las lesiones patrimoniales imputables a la Administración Pública, esto es, a la rama ejecutiva del poder público; muy lentamente la doctrina empieza a admitir responsabilidad del Estado de reparar los daños causados por los hechos u omisiones que le fueran imputados a las otras ramas del poder público: la judicial y la legislativa.

Con fundamento en el Principio de *Soberanía Parlamentaria*, el Parlamento como órgano depositario de la soberanía, no ocurría con sus decisiones daños que implicaren

⁸ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. 3º ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 56.

una reparación. Los súbditos se encontraban obligados a soportar los daños ocasionados por las leyes, y no se concebía que dichos daños fueran antijurídicos, ya que provenían del órgano que encarnaba la soberanía del Estado: el Parlamento. Siendo por lo tanto sus decisiones expresión del poder supremo del Estado, pilar del Estado liberal clásico. Al respecto manifiesta Laferrriere:

... 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 la forma prevista por la ley ... De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendiente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción.⁹

El soberano disponía libremente de los bienes de los ciudadanos y solo era responsable de sus actos frente a la divinidad de la cual emanaba su poder. El absolutismo de los monarcas, en quien se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos ejercieran

⁹ LAFERRIERE, Eric. *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*. Vol. II, París. LGDJ. 1888. p. 12. En: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*. En: *Revista de Administración Pública*. No. 68, 1972. p. 73.

acciones tendientes a lograr el resarcimiento por los perjuicios que se le causaran por el actuar del soberano.

Inicialmente en todos los ordenamientos jurídicos, la irresponsabilidad del Estado por los daños causados por el legislador se admitía como un dogma; para Vedel "...la ley era la manifestación más lata de la soberanía del Estado; el Estado-legislador era, pues, por esencia irresponsable"¹⁰. Idea que se vio reforzada primero, por la ausencia de control de constitucionalidad de las leyes, hecho que impedía deducir responsabilidad por la falta o culpa del legislador, e inclusive por la falla del servicio, elemento exigido para imputar responsabilidad al Estado e imponerle la obligación de reparar los perjuicios que pudiera producir y, segundo por la generalidad y abstracción de las leyes que dificultaba concretar los perjuicios que ellas ocasionaban.

Pero la soberanía parlamentaria entra en crisis; el poder soberano señala el profesor Marienhoff "...nunca puede ser sinónimo de impunidad. Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores pero dentro del derecho, dentro de las normas legales o constitucionales que fijan una conducta a observar por los funcionarios del Estado".¹¹

Se empieza así a reconocer responsabilidad del Estado Legislador, con fundamento entre otras razones, comenta el profesor Jinesta Lobo¹², al concluirse que el Parlamento es un

¹⁰ VEDEL Georges. *Derecho Administrativo*. 6º ed., Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. Edición Española 1980, p. 340

¹¹ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p.600

¹² JINESTA LOBO, Ernesto. *Responsabilidad del Estado Legislador* [en línea] www.ernestojinesta.com/ernestojinesta. [Citado el: 10/12/2011]

órgano del Estado, superándose la separación Estado y Sociedad, de tal manera que al pertenecer el órgano legislativo a la estructura estatal entra a responder por sus actos y omisiones; al considerar que los miembros del Parlamento son funcionarios del Estado y no representantes populares que gozaban de total autonomía; al considerar la ley o el acto legislativo como un acto del Estado; al establecer los sistemas de control de constitucionalidad a través de los Tribunales Constitucionales puesto que la soberanía de desplazó de la ley a la Constitución y por último, al admitir que las leyes pueden tener efectos concretos y particulares y no solo efectos generales y abstractos. Aun hoy, persisten opositores a reconocer la responsabilidad del Estado legislador, bajo el argumento de la soberanía parlamentaria.

Evolución de la responsabilidad del Estado Legislador

En el derecho comparado

España y Francia tienen un destacado desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad del Estado – Legislador. En un principio, la ausencia del control de constitucionalidad de las leyes, imposibilitaba el someterlas a revisión jurisdiccional, con lo cual se pudiera deducir la eventual falta o culpa del legislador, y por consiguiente la falla del servicio, requisito exigido para imputar responsabilidad a la Administración Pública, sostiene la tratadista García Alonso.¹³

¹³ GARCÍA ALONSO, María Consuelo. *La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. En: Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Cuando se generaliza en los ordenamientos jurídicos el control de constitucionalidad de las leyes y la expedición de normas particulares que afectaban a un grupo determinado de administrados, se quiebra la inmunidad del legislador en materia de responsabilidad y se empieza a reconocer a través de la jurisprudencia.

La responsabilidad del Estado-Legislador nace en Francia y es a partir del arrêt La Fleurette de enero 14 1938 en que hizo su reconocimiento la jurisprudencia del Consejo de Estado francés¹⁴; sentencia en la que se condenó al Estado a indemnizar a un particular como consecuencia de la expedición de una ley, en razón de la desigualdad provocada por la norma respecto al resto de la colectividad. Señalaba el Consejo de Estado francés en su fallo:

Considerando que nada, ni en el texto de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette

¹⁴ El Consejo de Estado francés con anterioridad, no reconocía la responsabilidad del Estado como consecuencia de las leyes, bajo el argumento de que la ley es un acto de soberanía que se impone a todos sin que frente a ella se pueda reclamar indemnización alguna, como así lo sostuvo en la sentencia Duchatelier del 11 de enero de 1838, posición que reitera en sentencia Société Premier et Henry del 29 de abril de 1921 en la que se excluyó la responsabilidad del Estado legislador con el argumento de la voluntad tácita del legislador, acogiendo las teorías de Rousseau para quien la ley es la expresión de la voluntad del pueblo por lo que no puede causar injusticia ni daño alguno. En: Jinesta Op. cit., p 6

tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido¹⁵.

Para reconocer responsabilidad, comenta el profesor Jinesta¹⁶, el fallo interpreta la voluntad tácita del legislador de indemnizar los daños, demostrando con ello que el legislador no tuvo la intención de prohibir la indemnización. Este precedente jurisdiccional para el profesor Botero Aristizábal¹⁷ fue el que sirvió de paradigma para el sometimiento del legislador a la legalidad no solo en el ordenamiento jurídico francés sino para muchos otros, incluido el colombiano.

A partir del caso La Fleurette comenta el profesor Botero Aristizábal¹⁸, para estructurar la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia francesa señaló como condiciones a darse: la existencia de un daño especial que excede la carga normal que debe soportar una persona, la ausencia del legislador de excluir expresamente la posibilidad de reparación y por **último**, la actividad prohibida por la ley que no debe ser contraria al interés público. Posteriormente, fue con el arrêt Bover del 23 de enero de 1963, que se logra en forma directa reconocer responsabilidad al Estado-Legislador, rompiendo con el criterio que se venía dando de respeto a la soberanía del **órgano legislativo**; el fallo fundamenta el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, sobre la

base del principio de igualdad ante las cargas públicas. En el arrêt Bover, el Consejo de Estado francés sostuvo:

Tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de propietarios de vivienda ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado.¹⁹

Con este fallo, para Ruiz Orjuela "...la omisión legislativa dejó de ser un obstáculo, y la no inclusión de indemnización por el legislador debía interpretarse favorablemente al demandante"²⁰.

Esta misma posición la acoge la doctrina y fundamenta la responsabilidad del Estado-Legislador en el principio de igualdad ante las cargas públicas, siempre y cuando la ley dispusiera en su texto la obligación de reparar el daño generado por la aplicación de la misma ley. Al respecto afirma Vedel: "...corresponde al propio legislador apreciar si debe reconocerse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador"²¹.

¹⁵ Consejo de Estado Francés. Sentencia del 14 de enero de 1938. En: BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá. Universidad del Rosario – Legis, 2007. p. 16.

¹⁶ JINESTA, Op. cit., p. 9

¹⁷ BOTERO ARISTIZÁBAL, Op. cit., p. 16.

¹⁸ Ibíd., p. 17.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Sierra Porto.

²⁰ RUIZ ORJUELA Wilson. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas. Revista de la Universidad Sergio Arboleda. N° 9, Bogotá. [en línea]. Diciembre de 2005. pp. 4-23.

²¹ VEDEL, Georges. Op. cit., p. 341

El Principio de Igualdad ante el sostenimiento de las cargas públicas fue formulado en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que en su artículo 13 establece: “Para el mantenimiento de la fuerza pública y los gastos de la administración, una contribución común es indispensable: ella debe ser repartida igualmente entre los ciudadanos, según sus facultades”²². Según este principio, para el profesor Jinesta, “... cuando, en situaciones análogas, se imponen cargas particulares se rompe la igualdad ante cargas públicas y si tal desigualdad es efecto, por ejemplo, del dictado de una ley se impone el resarcimiento patrimonial”²³, aclarando el autor que “... el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas que opera “como mecanismo puro de reparación”²⁴ De ahí, sostienen García de Enterria y Fernández que “... la regulación primigenia data de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que se aplicó por primera vez como norma jurídica en 1973, con ocasión de la reforma de la Ley de Asociaciones”²⁵.

Una de las limitaciones para reconocer la responsabilidad del Estado-Legislador, fue la exigencia como requisito, de la existencia de un daño especial. De ahí que en fallos posteriores, arrêts Caucheteux et Desmonts, cuando fue reconocida responsabilidad al Estado-legislador, ésta se sustentó bajo el régimen de responsabilidad sin falta del

Estado, por violación al principio de Igualdad ante las cargas públicas.

A diferencia de otros países europeos, el avance en España en materia de responsabilidad del Estado-Legislador fue grande, toda vez que ha sido la ley la que ha determinado la responsabilidad del Estado y no fue producto de la vía jurisprudencial. Es así como a partir de la expedición de la Ley General de la Administración Pública, se regula el régimen de la responsabilidad administrativa y del servidor público, estableciendo en su artículo 190:

1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.
2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección²⁶

En cuanto a la responsabilidad del Estado-Legislador, se tomó inicialmente como fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el Principio de la confianza legítima²⁷, reconociéndose posteriormente la

²² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> [Citado 10/14/2013]

Ibid., art 190.

²³ JINESTA, Op. cit., p. 10

²⁴ Ibid., p.10

²⁵ GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo, FERNÁNDEZ Ramón. Op. cit., p. 379

²⁶ Ley 6227. Ley General de la Administración Pública [en línea] http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Ley_Administracion_Publica.pdf. [27/10/2013]

²⁷ Sentencias Pescanova, Pebs y Alvama en las que se reconoció el pago de perjuicios ocasionados por la actividad del legislador al suprimir el cupo de pescado importando exento del pago de derecho aduanero en virtud del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas; empresas que fueron estimuladas por el ejecutivo a realizar grandes inversiones en desarrollo de una acción

responsabilidad por causa de las leyes declaradas inconstitucionales, bajo el argumento de que el poder legislativo no es soberano por lo que los administrados se encuentran protegidos de la arbitrariedad que cause el poder público; responsabilidad que tiene origen en la vulneración de la Constitución, norma suprema que vincula al Legislador en su actuación.²⁸

Especificamente en cuanto a la responsabilidad del Estado, el Legislador dispone la LGAP en el artículo 194 parágrafo 3º que dispone: "El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo"²⁹ Igualmente, el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁰, consagró en el Título X el régimen de la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, regulando en el Capítulo Primero lo relacionado a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. En el artículo 139 dispone en cuanto a los Principios de la responsabilidad que:

de fomento, prometiendo importantes beneficios. Sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998 de empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectados por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos En: Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006 MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006 MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Ibíd. Ley General de la Administración Pública. Art 194 parágrafo 3.

³⁰ Ley 30 de 26 de noviembre de 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. [en línea] http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/130-1992.html [Citado el 27/10/2013]

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económico e individualizado con relación a una persona o grupo de personas

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

Advierten García de Enterría y Fernández³¹, tres supuestos de responsabilidad del Estado legislador: que la ley prevea la indemnización, que si la ley no prevé la indemnización, no la excluya radicalmente y, que la ley excluya la posibilidad de indemnización expresamente.

Por su parte, para el profesor Garrido Falla³², la doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador encuentra su fundamento en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de uno o algunos administrados; perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1995. p. 371

³² GARRIDO FALLA, Fernando. *Sobre la responsabilidad del Estado-Legislador*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Tomo I Buenos Aires: Ediciones Deslama. 1990, p. 14-19

todos debemos soportar. La teoría moderna de la responsabilidad del Estado-legislador en España, deviene de la vulneración directa de la Constitución, que por ser norma suprema, vincula al Legislador en su actuación. El artículo 121 del ordenamiento superior de 1978³³, regula la responsabilidad del Estado-juez y el artículo 106.2 la del Estado.- administrador, sin que exista regulación específica con respecto al Estado-legislador; sin embargo, para la doctrina, sostiene Jiménez Lechuga³⁴, el Legislador de ajustarse en sus prescripciones a los mandatos constitucionales, toda vez que el poder legislativo no es soberano ni omnipoente y por lo tanto, los ciudadanos deben estar protegidos de la arbitrariedad del poder público. En Alemania e Italia para que se pudiera imputar responsabilidad al Estado-Legislador debía estar consagrada en la ley expresamente.

El régimen de responsabilidad extracontractual en el Derecho Comunitario fue establecido en el Tratado de la Comunidad Europea, cuyo artículo. 288, parágrafo 2º señala que “En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”³⁵.

Los países miembros de la Unión Europea y en virtud del Derecho Comunitario respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado, se consagró el derecho de toda persona a exigir a la Unión la reparación de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones como así lo dispone el artículo II-101.3 de la Constitución Europea, imponiéndose igualmente la obligación a la Unión de reparar los daños causados de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estado miembros, como así lo consagra su artículo III 431.³⁶

El traslado de la soberanía a órganos supranacionales, comenta el profesor Pescatore³⁷, impuso un cuestionamiento a las doctrinas constitucionales tradicionales e hizo reformular el principio de supremacía de la ley, en beneficio de la aplicación obligatoria y prevalente del derecho comunitario. Así fue como en los casos Fracovich y Bonifaci y el de la Fábrica de cerveza del pescador³⁸, se aplicaron los principios establecidos por el Tribunal de Justicia Europeo, en los que se ha dejado en claro que para imputarle responsabilidad al Estado Legislador por violación al derecho comunitario se requieren los siguientes condiciones: la violación de la obligación del Estado, el daño o vulneración del derecho de un particular y el vínculo de causalidad entre la violación de la obligación

³³ Constitución Española. [en línea] http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf [Citado el 2/11/2013]

³⁴ JIMÉNEZ LECHUGA F.J. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, p. 69.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el derecho español*. España: Thomson. Civitas , 2007, p. 44.

³⁶ Constitución Europea. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

³⁷ PESCATORI, Pierre. *Derecho de la Integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales*, Buenos Aires. 1973, p. 29. Citado por: BOTERO ARISTIZÁBAL. Op. cit. p. 48.

³⁸ Sentencias de 19 de noviembre de 1991 caso Fracovich y Bonifaci y 5 de marzo de 1996 caso Fábrica de cerveza del pescador.

del Estado y el daño, sostiene el profesor Botero Aristizábal³⁹.

La obligación de los Estados miembro de reparar dichos daños, para Botero Aristizábal⁴⁰, se basa en el artículo 5° del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual éstos deben adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento del derecho comunitario. Se impone así a los Estados miembros, el principio de la responsabilidad del Estado de reparar los daños causados a los particulares por violación al derecho comunitario.

Si bien no existe norma expresa que determine la responsabilidad del Estado legislador en la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia Europeo ha declarado la responsabilidad de los Estados miembro por la violación del derecho comunitario. Su antecedente primario se dio en 1991 con el caso Francovich comenta la tratadista González Pérez⁴¹, se declaró responsable a la República Italiana por violación al derecho comunitario señalando la responsabilidad patrimonial del Estado infractor por la omisión en adoptar las directivas de la Unión Europea y la obligación de reparar los daños ocasionados.

Entonces, el hito fundamental respecto a la responsabilidad del Estado, fue dado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –Tribunal de Luxemburgo del 19 de noviembre de 1991 (casos acumulados

Francovich y Bonifaci), en la que se reconoció la responsabilidad del Estado italiano respecto de los recurrentes, como consecuencia de los daños sufridos por no haber incorporado a su ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo de Europa 80/987 del 29 de octubre de 1980, en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de sus empresas.

Como expone el profesor González Pérez⁴², en relación a la responsabilidad de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, los artículos 288.2 y 188.2 del Tratado de la Comunidad Europea prescriben que en materia de responsabilidad no contractual, la Comunidad debe reparar, conforme a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños causados por sus instituciones y sus agentes. La doctrina extranjera se refirió al tema de la responsabilidad del Estado-Legislador, en especial el profesor Marienhoff quien sostuvo, que:

“... si una ley causa un perjuicio “general” -y no meramente particular-, y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, garantía o derecho constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional o debe admitirse la responsabilidad del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados”⁴³

³⁹ BOTERO ARISTIZÁBAL. Op. cit., p. 25.

⁴⁰ Ibíd., p. 53.

⁴¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Carmen. *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento Derecho Comunitario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001. Citado por: BOTERO ARISTIZÁBAL. Ibíd., p. 50.

⁴² GONZÁLEZ PÉREZ J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Civitas. Tercera edición. Madrid 2004. Citado por: RUIZ ORJUELA Wilson. Op. cit., pp. 14-23.

⁴³ MARIENHOFF. Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1987. En: PENAGOS Gustavo. El Daño Antijurídico. Bogotá: Doctrina y Ley. 1997. p. 80.

América Latina ha sido más receptiva a la idea de la responsabilidad del Estado legislador; lo anterior es considerado por el profesor Botero Aristizábal⁴⁴, debido a que ha sido impulsada por el control de constitucionalidad de las leyes que impera gracias a que en la mayoría de las naciones latinoamericanas tienen sistema de Constitución rígida y un tribunal constitucional.

En Brasil la doctrina ha distinguido entre la responsabilidad del Estado por leyes constitucionales en los que el título de imputación jurídica es la violación al principio de igualdad de las cargas públicas y la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales, basada en antijuridicidad evidente. Afirma el profesor Pereira da Motta⁴⁵, los autores distinguen la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales y, por otro lado, la responsabilidad del Estado por las leyes constitucionales, siendo el título de imputación jurídica, la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas.

En Argentina igualmente se reconoce la responsabilidad del Estado por los actos normativos, sustentada sobre la legislación Civil y algunas disposiciones del derecho público. Marienhoff⁴⁶ con anterioridad había afirmado la viabilidad de la responsabilidad por la ley causante de daños, ya que en este ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del estado es posible que derive del ejercicio inválido o del ejercicio anormal de sus potestades legales.

⁴⁴ BOTERO ARISTIZÁBAL, Op. cit., p. 62.

⁴⁵ PERIERA DA MOTTA, Mauricio Jorge. *Responsabilidade Civil do Estado Legislador*, Río de Janeiro: Lumen Iuris. 1999., p 247.

⁴⁶ MARIENHOFF. Op cit., p. 738.

En Venezuela la responsabilidad se hace viable a partir de lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que establece la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por los particulares siempre que la lesión le sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. En cuanto la responsabilidad del ejercicio del poder público abarca el abuso del poder, la desviación de poder, la violación a la Constitución y a la ley⁴⁷. Sin embargo, sostiene el profesor Brewer Carias⁴⁸, la redacción de la norma no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley.

En Chile no existen antecedentes jurisprudenciales que se hayan pronunciado sobre la responsabilidad del Estado legislador; la responsabilidad del Estado se circunscribe a los órganos judicial y administrativo cuando la norma expresa lo consagra. Hoy sin embargo ya se empieza a defender la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador a partir de la aplicación del artículo 6º inciso 2º de la Constitución Política que consagra el principio de eficacia directa de Constitución y la responsabilidad que conlleva su infracción.⁴⁹ Para la doctrina, la teoría se desarrolla a

⁴⁷ BOTERO ARISTIZÁBAL, Ibíd. p. 65.

⁴⁸ BREWER CARIAS, Allan R. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I, 2006, p. 123.

⁴⁹ Constitución Política de la República de Chile. Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine

partir del argumento de que la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho debe cumplirse, posición que se ve reforzada bajo el paradigma del Estado Social de Derecho cuya finalidad es proteger a los gobernados en sus derechos. Para lograr dicha protección, comenta el profesor Núñez, "...el Estado cuenta con potestades que deben someterse a los principios de legalidad, principio asociado al principio general de responsabilidad del Estado... sin que sea necesario un desarrollo expreso legislativo para concretar la responsabilidad de cualquiera de las ramas del poder público, toda vez que la fuerza de la Constitución es suficiente"⁵⁰; bajo este argumento se empieza consolidar la responsabilidad del Estado Legislador en el derecho Público.

En el derecho colombiano

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones del poder Legislativo, se encuentra contemplada en el artículo 90 del ordenamiento constitucional, pero sigue siendo una expectativa su desarrollo por la jurisprudencia. De ahí que como lo sostiene Leiva Ramírez, "...siempre que exista un daño anti jurídico 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

la ley. [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf. [25/11/2013]

⁵⁰ NUÑEZ LEIVA, Ignacio, La responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador: un análisis a propósito de las garantías del Contribuyente en el sistema chileno. En: Revista Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, pp. 192 - 200. [en línea] <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82018806007> [03/06/2012].

del poder público, incluida por supuesto, la legislativa".⁵¹

Al respecto para la Corte Constitucional, "...el no reconocer responsabilidad al Estado-Legislador sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional: Solidaridad, Igualdad, Justicia Material, Supremacía de la Constitución".⁵² Para el Máximo Tribunal:

...la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece algunos supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la Expropiación⁵³, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio, o cuando el Estado

⁵¹ LEIVA RAMÍREZ, Eric. *Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador*. Bogotá: Ibáñez, 2010. p. 150.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

⁵³ Constitución Política de Colombia. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006:

Art. 58 "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores....() Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por

decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos.⁵⁴

Sin embargo, si bien reconoce que la responsabilidad del Estado-Legislador tiene sustento en el artículo 90 del ordenamiento constitucional, señala que, le corresponde al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa como juez especializado en la materia, determinar el régimen particular de responsabilidad del Estado - Legislador o señalar los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República.⁵⁵

Se ha presentado un vacío en la materia, toda vez que se ha pretendido que el control de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional al acto emanado del Congreso de la República, sea el requisito para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, sin que exista conexión directa entre ambas instituciones, esto es, entre la imputación de responsabilidad y el control de constitucionalidad, toda vez que no toda declaratoria

el Legislador, podrá haber expropiación mandante sentencia judicial e indemnización previa..."

Artículo 336. () La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercitido de una actividad económica licita.

Artículo 365. () .. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, quedan privadas del ejercicios de una actividad lícita".

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

de inconstitucionalidad de una ley implica reconocer responsabilidad del Legislador, ni la declaratoria de responsabilidad implica la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Sobre la materia sostuvo la Corte:

El control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.⁵⁶

De acuerdo a lo anterior, es claro que la responsabilidad del Estado-legislador en Colombia se reconoce pero ha tenido un incipiente desarrollo a nivel jurisprudencial, ya que son contados los pronunciamientos sobre la materia.

Por parte del Consejo de Estado, su primer pronunciamiento se dio por en sentencia del 25 de agosto de 1998⁵⁷, en la que se refirió a los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6 de 1972 –aprobatoria de la Convención de Viena– y en la que precisó, que

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. Ibíd.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 25 de 1998. CP Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros: Demanda contra el Congreso de la República –representada por el Ministerio del Interior– por los perjuicios causados por la muerte de un ciudadano colombiano luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano, debido a que la inmunidad diplomática tenía origen en la Convención de Viena, aprobada por ley de la República.

la responsabilidad del Estado-legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de sopor tar la merma en su patrimonio, y en el que el daño fuera imputable al Estado. Afirma el Alto Tribunal en la providencia referida que:

“...si del cumplimiento del Tratado, deviene para los actores un perjuicio cuya autoría radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación Colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre Estados. Entonces, se encuentra claramente establecido el factor de imputación de la responsabilidad impetrada respecto del ente demandado por su titularidad jurídica exclusiva y excluyente para el manejo de las relaciones internacionales que constitucionalmente implican una operación compleja con participación de las tres ramas del poder público”⁵⁸.

Concluye el alto tribunal su pronunciamiento afirmando que, “...el título de imputación jurídica sobre el cual se soporta la responsabilidad del Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de las autoridades estatales”⁵⁹.

En sentencia de noviembre 1º de 2001, el Consejo de Estado deja en claro que la no manifestación del legislador sobre ciertas materias, no permite deducir que se ha incurrido en omisión, esto es, ha incumplido con

⁵⁸ Consejo de Estado. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 25 de 1998. CP. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁵⁹ Consejo de Estado. Ibíd.

la obligación que debió ejecutarse dentro de cierto término y con determinadas cualidades. Reitera en el fallo que:

... para que los jueces puedan declarar responsable al Estado, se requiere, como lo contempla el artículo 90 Constitucional, que una acción o una omisión de una autoridad pública, cualquiera sea, cause un daño antijurídico, a una persona o a sus bienes. Este daño antijurídico no dice de la conducta sino de la consecuencia. La omisión como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado. Y la omisión estatal como causa de imputación del daño indemnizable exige, de una parte, la presencia de dos sujetos— el que tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber— y la ausencia de causa extraña en la producción del mismo (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o del tercero)⁶⁰.

Con este fallo el Consejo de Estado cierra toda posibilidad de reclamar por vía judicial una reparación patrimonial con ocasión de la omisión legislativa. Va más allá al sostener que las funciones legislativas que la Constitución Política le otorgó al Congreso de la República en los artículos 114 y 150, no están limitadas en el tiempo ni están concebidas como una obligación. Por ello, la no producción de normas legales por el Congreso no tiene jurídicamente efecto alguno. Solo

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1º de noviembre de 2001. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad: 13002. Demanda contra la Nación por no haberse reglamentado el artículo 39 de la CP, ya que tal omisión ha impedido que las autoridades judiciales declaren y reconozcan los derechos y garantías que se derivan del fuero sindical del demandante.

tendría consecuencia jurídica la omisión legislativa relacionada con la expedición del Plan Nacional de Inversiones, cuya sanción la misma Constitución la señala como la pérdida del Congreso para expedir la ley que lo aprueba.

Posteriormente, en Sentencia de septiembre 26 de 2002⁶¹ se pronuncia sobre los efectos patrimoniales de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, y que en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, pudiera extender hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexequibilidad y reconocer los perjuicios causados por la norma durante el tiempo que estuvo vigente. En este caso, no prosperan las pretensiones del actor por no ser procedente la excepción de inconstitucionalidad, ya que se presume que la sentencia tiene efectos hacia el futuro, en aplicación de la regla establecida por la Corte Constitucional según la cual, sus fallos tienen efectos *ex nuc.*

Sí ha reconocido el Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado por la falla del servicio en la potestad normativa de la cual se hallan investidas las autoridades administrativas, habiendo declarado la responsabilidad patrimonial del Estado en el evento de la expedición irregular de normas de carácter general impersonal y abstracto. En sentencia de abril 19 de 2000⁶², ha reconociendo que La responsabilidad extracontractual no solo puede provenir de hechos, omisiones,

operaciones administrativas materiales, ocupación permanente o temporal por causa de trabajos públicos, también puede provenir de la declaración administrativa o judicial de la ilegalidad, nulidad o revocatoria de los actos.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, sostiene el Consejo de Estado en sentencia de febrero 23 de 2012⁶³, a la autoridad pública del deber de reparar los daños antijurídicos que le sean imputables por su acción u omisión, de tal suerte que quedan en el comprendidos los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios, incluyéndose entre ellas las autoridades administrativas en ejercicio de sus potestades normativas.

Ahora, la Corte Constitucional en forma reiterada ha sostenido la posición tomada en sentencia C-038 de 2006⁶⁴ en el sentido que 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

⁶¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 26 de 2002. CP. Dr. Alier Eduardo Hernández. Enríquez. Exp. 20945.

⁶² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 19 de Abril de 2000. Exp. N° 19517. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁶³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 25 de 1998. MP Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. N° 24655. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 19 de Abril de 2000. Exp. N° 19517. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 25 de 1998. MP Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. N° 24655. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 19 de Abril de 2000. Exp. N° 19517. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución.

4. Responsabilidad por las omisiones legislativas

Cuando el órgano del Estado encargado de regular o desarrollar a través de un acto legislativo por imposición de una norma de rango superior, una política o el reconocimiento de unos derechos y no lo hace, se incurre en una falta grave el incumplimiento de un deber o mandato superior, se genera responsabilidad por omisión de carácter legislativo. Régimen de responsabilidad que ha tenido poco desarrollo y aplicación.

Así el Estado responde tanto por la expedición de una norma contraria al ordenamiento constitucional, como por la abstención en la regulación de una norma de rango constitucional que para hacerse efectiva requiere su desarrollo. Con razón el profesor Sainz de Robles distingue dos supuestos de la responsabilidad del poder legislativo: “la promulgación de una ley contraria a la Constitución y la inactividad cuando existe el deber de legislar”.⁶⁵

Su reconocimiento, fue dado de acuerdo a lo expuesto por el profesor Jinesta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –Tribunal de Luxemburgo del 19 de noviembre de 1991 (casos acumulados Francovich y Bonifaci), anteriormente citados, “en la que se reconoció la

responsabilidad del Estado italiano respecto de los recurrentes como consecuencia de los daños sufridos por no haber incorporado a su ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo de Europa 80/987 del 29 de octubre de 1980, en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de sus empresas”⁶⁶.

La responsabilidad por omisión legislativa, siguiendo el campo internacional, se concreta, en el incumplimiento de obligaciones comunitarias. Esta modalidad tiene su asiento, en el principio que impone a los Estados miembros no sustraerse al cumplimiento de directivas comunitarias según su arbitrio, pues esto acarrearía el desconocimiento de la propia comunidad europea.

Como vimos en capítulos anteriores, la carta magna consagra normas que requieren para su efectividad el desarrollo por parte del Legislador, toda vez que se constituyen en un mandato constitucional y del pueblo quien detenta la soberanía, si dicho desarrollo no se da y ello causa daños a los administrados, se genera responsabilidad del Estado por ello se hace necesario contar con una herramienta eficaz que permita la protección de los derechos de los administrados que han sido menoscabados por la omisión del legislador. Por algo, el tratadista Fernández Segado considera que el hecho de no reconocer la existencia de una infracción clara a la Constitución causada por la omisión del legislador equivaldría a que “se abran la puertas al fraude constitucional, es decir, el engaño con que se perjudica todo el proyecto de futuro de la Constitución.”⁶⁷

⁶⁵ SAINZ de ROBLES, Federico. *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Tapia núm. 73, p. 15. En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Inconstitucionalidad por omisión, teoría general, Derecho comprado*. El caso Español. Madrid: Civitas, 1993, p. 198.

⁶⁶ JINESTA. Op cit., p. 24.

⁶⁷ FERNÁNDEZ SEGADO. Op. cit., p. 203.

En nuestro derecho:

Si bien la Corte Constitucional no es la instancia a través de la cual se logre la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad o inactividad del legislador, se ha pronunciado al respecto haciendo uso de la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones, permitiendo el reconocimiento de perjuicios causados por leyes inconstitucionales, dándole eficacia retroactiva a sus sentencias.

No hay obstáculo, como lo sostiene el profesor Wilson Ruiz Orjuela⁶⁸ que para que en aplicación del Estado Social de Derecho, se haga una revisión, de las previsiones constitucionales y legales enunciadas, para que la jurisprudencia, como adalid de la aplicación del instituto resarcitorio contenido en el artículo 90 superior, dé luz a esta nueva modalidad de responsabilidad del Estado colombiano, que con amplio desarrollo no solo en el campo judicial sino doctrinal, ya es un hecho en ordenamientos jurídicos extranjeros.

No ha tenido igual desarrollo en nuestro ordenamiento la inactividad legislativa del órgano Legislativo, ni la actividad reglamentaria del Gobierno, ni la imputación de responsabilidad por dicha omisión, menos aún el reconocer la reparación integral de los perjuicios producto de éste silencio.

En cuanto a la responsabilidad por omisión legislativa, dispone la doctrina, que ésta se limita a los mandatos constitucionales que señalan expresamente la obligación de regulación por parte del legislador. Esta posición es problemática, toda vez que si la Constitución deja al arbitrio del legislador la regulación de un canon constitucional, sin

señalarle término para hacerlo, se dificulta deducir responsabilidad por omisión legislativa, responsabilidad que solo se podría configurar si la demora del legislador genera perjuicios a los administrados.

Al declararse en los ordenamientos jurídicos la responsabilidad de los órganos del Estado, éste es el argumento válido para que la Corte Constitucional entre a conocer la falta de actividad del legislativo, apartándose así de su criterio reiterado de que no se considera competente para conocer la omisión legislativa absoluta, bajo el argumento de estar suplantando al legislador y que al no existir ley que pueda estudiarse, no es posible realizar su análisis de inconstitucionalidad.

Considero que el sustento legal que tiene la Corte Constitucional, órgano encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución como así lo reza en su artículo 241, frente al silencio del legislador para imputar responsabilidad patrimonial por su inactividad, lo da la misma carta al consagrarse en el artículo 90 la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, en consonancia con el mandato dispuesto en el artículo 2º en cuanto a la obligación de las autoridades de protección de la vida, honra y bienes de las personas y, el artículo 6 que establece la responsabilidad de los funcionarios por infringir la Constitución y la ley. El hecho de aceptarse por el órgano de control constitucional su obligación de velar por la integridad de la norma constitucional, trae como lo señala el profesor Rodríguez “garantía al resarcimiento de los derechos perjudicados a los ciudadanos”.⁶⁹

⁶⁸ RUIZ ORJUELA. Op. cit., p. 19.

⁶⁹ RODRÍGUEZ, Libardo. *Estructura del Poder Público en Colombia*. 14º Edición. Editorial Temis. 2012, p. 199.

5. Del mecanismo jurídico de imputación

Imputación al Estado

Es la Doctrina la que empieza a desarrollar la responsabilidad del Estado Legislador, excluyendo en un primer momento para su imputación el elemento falta, fundamentando la responsabilidad en el *riesgo o la igualdad ante las cargas públicas* y siempre y cuando la ley dispusiera en su texto la obligación de reparar el daño generado por la aplicación de la misma ley. Al respecto afirma Vedel: “Le corresponde al propio legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; solo podrá, pues, concederse reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento del legislador”⁷⁰. Esta teoría es acogida por la Corte Constitucional para quien determinar los títulos de imputación del daño antijurídico frente a la acción u omisión del Congreso en el desarrollo de mandatos constitucionales es una función que le corresponde al propio legislador en ejercicio de su facultad configuradora y al tribunal de lo contencioso administrativo como juez especializado.⁷¹

A partir de la consagración en el ordenamiento constitucional de la Cláusula General de responsabilidad contenida en el artículo 90, todo hecho dañoso proveniente de la actuación u omisión de las autoridades públicas debe ser reparado, sin que entre en juego la calificación de la conducta de los agentes, toda vez que el ordenamiento constitucional

no hace clasificación alguna, al contrario incluye las dos formas de responsabilidad (contractual y extracontractual) así como todo tipo de daño.

En los ordenamientos jurídicos, si una ley es declarada inconstitucional se genera responsabilidad por daños a título indemnizatorio bajo la idea de culpa o ilícito; bajo este mismo argumento es viable aplicar el régimen de responsabilidad del Estado causada por la inactividad legislativa. Para Hauriou existen dos correctivos de la prerrogativa de la administración: que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio.”⁷²

Conclusiones

Admitida la responsabilidad por la omisión legislativa, y siendo ella antijurídica, el Estado se encuentra obligado a reparar los perjuicios que produzca a los asociados. Corresponde esta forma de responsabilidad a una responsabilidad objetiva, cuyo fundamento se encuentra en el principio de igualdad, aplicándose los fundamentos de la responsabilidad del Estado por acción a partir de la noción de falta del servicio

Ahora bien, no todo tipo de omisión conlleva responsabilidad, solamente aquella conducta omisiva que tenga relación casual con el daño, que sea la causa directa de éste. La omisión debe estar ligada directamente con el hecho dañoso producido, siendo necesario demostrar que la abstención u omisión en la función del órgano del Estado guarda relación directa con el daño producido, esto es, que la omisión o abstención sea

⁷⁰ Ibíd., p. 341.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006. MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷² GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Op. cit., p. 355.

el elemento eficiente del perjuicio y no otra causa. La inactividad debe ser determinante frente al perjuicio cometido, de tal manera que si se demuestra que el órgano del Estado hubiera actuado de otra manera no se hubiera producido el perjuicio.

La citada responsabilidad se imputa directamente al Estado a título de omisión antijurídica, por cuanto encontrándose el órgano del Estado obligado a producir una norma concreta para el desarrollo de un postulado constitucional porque así lo exige el ordenamiento, no lo hace ocasionando perjuicios a los derechos de los administrados. Surge la responsabilidad porque existiendo una obligación concreta de actuar no lo hace, y por ello al Estado-legislador se le puede exigir el cumplimiento de la obligación de legislar, es decir de cumplir su obligación.

En Colombia, a partir de la consagración en el ordenamiento constitucional de la “Clausula General de Responsabilidad” contenida en el artículo 90, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha venido desarrollando la responsabilidad del Estado objetiva bajo el argumento de que su finalidad se orienta al restablecimiento del patrimonio lesionado de la persona que resulta afecta con la actuación u omisión del Estado y que no está jurídicamente obligado a soportar ni el Estado el derecho a causarlo.

El régimen de responsabilidad aplicable frente a los perjuicios causados a los administrados por el silencio del legislador y por la que el Estado se encuentra obligado a repararlos es el de la *responsabilidad objetiva*, siendo uno de los regímenes de responsabilidad aplicable: la *responsabilidad por daño especial* o conocida como *rompimiento del equilibrio de las cargas públicas*.

Referencias Bibliográficas

- Botero Aristizabal, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Universidad del Rosario – Legis, 2007.
- Brewer Carias, Allan R. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2006.
- Cochia, Juan J. *Las omisiones del Estado generan responsabilidad*. Revista: *Comunicaciones Científicas y tecnológicas*. Universidad Nacional del Nordeste, Argentina, 2004, p 2 de 4. [en línea] [Citado el 11/08/2011]
- Constitución Española [en línea]http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf
- Constitución Europea. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- Constitución Política de Colombia. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.
- Constitución Política de la República de Chile [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis, 2008.
- Fernández Segado, Francisco. *La Inconstitucionalidad por omisión, teoría general*, Derecho comprado., El caso Español. Madrid: Civitas, 1993.
- García de Enterria, Eduardo. Ramon Fernandez, Tomas. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Madrid, España, Civitas, 1993.
- García de Enterria, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el derecho español*. España: Thomson. Civitas, 2007.

Garrido Falla, Fernando. *Sobre la responsabilidad del Estado-Legislador*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Tomo I Buenos Aires: Ediciones Deslama. 1990

Gil Botero, Enrique. *Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Jurisprudencia 1991-2011*. Tomo I. Elementos de la Responsabilidad patrimonial del Estado. Temis, Bogotá, 2013.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. 3º ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007

Jiménez Lechuga F.J. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto*. Madrid: Marcial Pons Ediciones

Jinesta Lobo, Ernesto. *Responsabilidad del Estado Legislador* [en línea] www.ernestojinesta.com/ernestojinesta

Ley 6227. Ley General de la Administración Pública [en línea] <http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Ley Administracion Publica.pdf>

Ley 30 de 26 de noviembre de 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/base datos/Admin/l30-1992.html>

Leiva Ramírez, Eric. *Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador*. Bogotá: Ibáñez, 2010.

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

Nuñez Leiva, Ignacio, *La responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador: un análisis a propósito de las garantías del Contribuyente en el sistema chileno*. En: *Revista Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, pp. 169 - 200. [en línea] p. 192 Disponible en: http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdf_Red.jsp?iCve=82018806007

Penagos Gustavo. *El Daño Antijurídico*. Bogotá: Doctrina y Ley. 1997.

Periera Da Motta, Mauricio Jorge. *Responsabilidade Civil do Estado Legislador*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 1999.

Rodríguez, Libardo. *Estructura del Poder Público en Colombia*. 14º ed., Bogotá: Temis. 2012.

Ruiz Orjuela Wilson. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. En: Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas. Revista de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, N° 9 [en línea]. Diciembre de 2005.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*. En: *Revista de Administración Pública*. No. 68, 1972.

Uribe Acosta, Julio Cesar. *Apuntes Útiles para dictar clase*. Doctorado en Derecho. Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2011.

Urueta Ayola, Manuel. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Recopilación Universidad Santo Tomas de Bucaramanga. Facultad de Derecho. Posgrado en Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia, 2005.

Vedel Georges. *Derecho Administrativo*. 6º ed., Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. Edición Española, 1980.

Velásquez Posada Obdulio. *Responsabilidad Civil extracontractual*, Bogotá Colombia: Universidad de la Sabana-Temis, 2009.

Corte Constitucional

Sentencia T-3038 de 1992. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-832 de 2001. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-038 de 2006. MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de agosto 25 de 1998. CP. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1° de noviembre de 2001. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad: 13002.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 26 de 2002. CP. Dr. Alier Eduardo Hernández. Enríquez. Exp. 20945.

Sentencia del 27 de marzo de 1980, Sala 4°, ref. Art, No 2249.

Sentencia de octubre 28 de 1976, Anales del Consejo de estado Tomo 9 Nos. 451. 452.