

Jorge Mejía Turizo<sup>1</sup>  
José Navarro Villacob<sup>2</sup>

# Presupuestos configurativos de responsabilidad del Estado legislador\*

## Budgets configurativos of responsibility of the legislative State

*Recibido: 5 de diciembre de 2016 / Aceptado: 18 de marzo de 2017*  
<https://doi.org/10.17081/just.23.32.2905>

### Palabras clave:

Responsabilidad del Estado legislador,  
daño antijurídico, daño especial,  
igualdad ante cargas públicas.

### Resumen

En este artículo se desarrollará una de las formas de responsabilidad por daños en que puede incurrir el Estado, denominada por algunos responsabilidad por el hecho de las leyes o también conocida por otros como responsabilidad del Estado legislador. Se abordará partiendo desde su formación y consolidación histórica en la jurisprudencia comparada, especialmente la francesa y española, siguiendo con los criterios esenciales que dan lugar a su configuración, de acuerdo a si las leyes fueron objeto de una inexequidad o sin que esta declaratoria se haya efectuado, en todo caso de la norma se deriva la producción de un daño.

### Key words:

Responsibility of the State legislature,  
unlawful damage, special damage,  
equality before public burdens.

### Abstract

This article will develop one of the forms of liability for damages that may be incurred by the State, named for some responsibility for the fact of the laws or also known by others as the responsibility of the State legislator. It will be approached starting from its formation and historical consolidation in the comparative jurisprudence, especially the French and Spanish, following the essential criteria that give rise to its configuration, according to whether the laws were subject of an inexequidad or without being declaratory made, in any case the standard derives the production of an injury.



**Referencia de este artículo (APA):** Mejía, J. & Navarro, J. (2017). Presupuestos configurativos de responsabilidad del Estado legislador. En *Justicia*, 32, 64-78. <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2905>

\* El presente artículo se deriva del trabajo en red colaborativa del especialista en Derecho Administrativo José Navarro y el Magister Jorge Mejía Turizo. El primero aportando sus avances del estado del arte de su proyecto de especialización en derecho administrativo en la Universidad Libre, Cartagena y el segundo, sus adelantos investigativos sobre responsabilidad del Estado legislador realizados como investigador del grupo Andrés Bello de la Corporación Universitaria Rafael Núñez.

- 1 Abogado, Magister en Derecho Administrativo. Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología, Universidad de Valencia, España. Diplomado en Gestión Públicas de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP. Docente investigador del grupo de investigación Andrés Bello de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, Campus Barranquilla. Exbecario del programa Jóvenes investigadores e innovadores de Colciencias. [jorge.mejia@curnvirtual.edu.co](mailto:jorge.mejia@curnvirtual.edu.co)
- 2 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Libre, Cartagena. Analista de Relaciones Laborales del Hotel Las Américas, Cartagena de Indias.

## Introducción

Sea preciso antes de abordar el aspecto central de la Responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, tener presente las construcciones teórico-jurisprudenciales que han experimentado las concepciones de Responsabilidad Administrativa desde una óptica genérica, en aras de contextualizar y comprender con mayor claridad ese segmento específico de responsabilidad que aquí se hará referencia.

Así pues, la evolución del régimen general de Responsabilidad Administrativa ha transitado por varias etapas, que la misma doctrina se ha encargado de establecer sus delimitaciones o periodos. En primer lugar se hablaba de un estadio de Irresponsabilidad Absoluta de la Administración frente a sus actos dañosos, en ese orden de ideas, la regla general durante la segunda mitad del siglo XIX era que el Estado no debía ser responsable de los perjuicios que causara con ocasión de su actividad. Esta fundamentación tuvo como soporte ideológico la noción de soberanía, bajo la cual se sostenía que las actuaciones del Estado eran irrefutables, incontestables o inquestionables (Rodríguez, 2013).

Pero lentamente estas concepciones de sustracción total de responsabilidad por parte del Estado fueron teniendo sus atenuaciones, y así se empezó a concebir que si bien el Estado como persona jurídica y abstracta no podía ser objeto de imputación de reparación, a las personas naturales que se encontraban a su servicio sí les podía endilgar algún tipo de responsabilidad. Se pensaba que la persona natural fue quien cometió la conducta que produjo el daño y que el Es-

tado era solo un organismo ajeno a esa actuación que no merecía ningún juicio de reproche.

En otro estadio de la evolución de la responsabilidad del Estado, se precisó que las circunstancias que generaban obligación de reparar para el ente público, debían ser descritas y establecidas concretamente en una ley. En ese sentido, si no existía una norma expresa del legislador que fijara que en determinados casos se debe ver directamente comprometida la responsabilidad estatal, entonces no habría lugar a reparación alguna. Desde cierta óptica, esta posición era una especie de “tipicidad *in extremis*” en materia de Responsabilidad Administrativa. Esta forma de concebir las imputaciones reparativas del Estado tuvieron sus orígenes en Francia en los albores de la época decimonónica, especialmente con las consecuencias dañosas que generaban los trabajos públicos.

Hay que hacer claridad que en la historia las actividades de la Administración se han tratado siempre de clasificar, en primer lugar, entre actos del Estado en su condición de mando y como soberano absoluto, a los que la doctrina más profusa les ha llamado actos de autoridad o actos de poder; y por otro lado de los actos que el Estado realiza simulando ser un particular o actos que son más del resorte de los particulares pero que sin embargo el Estado realiza, a estos se les denominó actos de gestión (Riascos, 2008). Pues bien, se alcanzó a desarrollar y consolidar la idea de que el Estado solo respondía por los daños que causara en ejercicio de una actividad de gestión y no por daños derivados de actos de poder, pues frente a este la Administración goza-

ba de inmunidad de control o al menos el control se planteaba como un control endógeno, bajo las premisas de la “justicia retenida”.

Ahora bien, a finales del siglo XIX, con la promulgación del emblemático fallo de la niña Blanco, se redefinieron algunos esquemas de responsabilidad que antes ya habían hecho carrera, como el concepto que solo el Estado repara por los actos de gestión, pues se dijo que también podría hacerlo por sus actos de poder. Y en segundo término, que no interesaba que la responsabilidad estuviera precisada en una ley, pues si configuraba unos elementos generales podría endilgarse reproche en algunos casos.

Después del famoso fallo la niña Blanco, la jurisprudencia fue ampliando cada vez más los casos en que era admisible la responsabilidad y progresivamente esa esfera de inmunidad, impunidad o impugnabilidad de las actuaciones del Estado se fue restringiendo, teniendo en consideración que poco a poco actos excluidos de reproche fueron cobijados, como las actividades de policía, los actos soberanos del gobierno, etc., de igual forma, la naturaleza de la conducta o la culpa de la administración fue haciéndose menos rigurosa, ya que primero se exigía que se demostrara que la culpa fuese grave y después se admitió que cualquier clase de culpa es objeto de reproche (Rodríguez, 2013).

También se puede señalar que la responsabilidad del Estado ha pasado de un régimen en que lo que se tiene en cuenta es la irregularidad o anormalidad de la conducta de la Administración, a otro, en que independientemente de la licitud o legitimad de la conducta, lo que se

analiza es si quien sufrió el daño estaba en el deber jurídico de soportarlo o está resistiendo una carga pública por encima de la que el común de la sociedad soporta. La primera se circunscribe dentro de un régimen de responsabilidad subjetiva y la segunda, en un régimen de responsabilidad objetiva, fundamentada esta última, en la teoría del daño antijurídico, que enseña que el Estado responde aunque haya actuado legalmente pero causando un daño que la víctima no debía sobrellevar.

Para ir haciendo la focalización hacia la Responsabilidad Patrimonial del Estado del Legislador, es menester señalar que tradicionalmente los juicios de reproche reparativos siempre se concentraban sobre el Estado-Administrador, es decir sobre los órganos de la rama ejecutiva, y poco se ponía la atención para efectos de responsabilidad en la actividad del Estado-Juez y del Estado-Hacedor de ley. Paulatinamente la jurisprudencia fue decantando que no solo la Administración posee la virtualidad de causar daño con sus actos, hechos, operaciones u omisiones, sino que también los jueces y el legislador con sus manifestaciones de voluntad pueden generar consecuencias dañosas.

A estos efectos, una pregunta que se genera como punto de partida del último tipo de responsabilidad planteado, es: ¿El Estado debe responder por los daños que se causen con ocasión de la expedición de una ley, por la falta o por un defecto de esta? así pues, el problema que se desea resolver respecto de este punto, es si el Estado debe responder que los daños que se causen con la expedición o la omisión de una ley (Broyelle, 2003).

Al respecto, y antes de entrar a estudiar los orígenes de la responsabilidad por el hecho de la ley, Casas (2010) sostiene que si bien la ley representa un acto legítimo, puesto que es la máxima manifestación de voluntad de la legalidad, no por ello deja de estar subordinado a la Constitución, derivándose de dicha jerarquía jurídica superior a la obligación de reparar todo perjuicio cierto y especial que cause a los derechos de los particulares.

### **Génesis de la responsabilidad del Estado legislador**

Tradicionalmente durante todo el siglo XIX y en gran parte de la primera mitad del siglo XX, se aceptó casi como un dogma que las leyes no producían daño y que de producir alguno, el Estado no se encontraba en la obligación de repararlo, puesto que los actos del legislador, “eran la manifestación más alta de voluntad soberana del Estado” (Alonso & Leiva, 2011, p.79), estableciendo así, una concepción de irresponsabilidad absoluta del Estado por el hecho de sus leyes.

Tanto en los sistemas romano-germánicos de corte del Civil Law, como en los sistemas anglosajones con tendencias al Common Law, las orientaciones que no reconocían responsabilidad por actos del legislativo o del parlamento eran simétricamente similares, en la medida, que inicialmente, desconocían esa posibilidad, y esto puede tener como precedente ideológico, los principios de inmunidad parlamentaria, fuertemente proclamados por los sectores bur-

gueses en los contextos de las revoluciones del siglo XVIII, que a la postre trajo también las concepciones de Adams Smith sobre el liberalismo clásico. Por esas épocas uno de los grandes propulsores de un esquema de irresponsabilidad del parlamento era el francés Laferrière, quien sostenía:

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. (p.12)

Ahora, en ese mismo periodo del siglo XIX y primeros años del siglo XX, en el caso de Francia no existía la figura del control de constitucionalidad de las normas promulgadas por el parlamento, lo que acentuaba aún más la idea que el legislador era absolutamente discrecional y que sus actos deberían estar excluidos de juicios de reproche, no solo de ese control de jerarquía normativa, sino de juicios indemnizatorios.

Por otra parte, una razón más para esgrimir una teoría de sustracción de responsabilidad del Estado legislador, era que los actos que este creaba eran de carácter general, impersonal y abstracto, lo que imposibilitaba la tarea de individualizar, caracterizar y establecer con precisión que con tal acto se causase un perjuicio particular o especial, y tal determinación era un requisito *sine qua non* dentro de la doctrina de la Responsabilidad Extracontractual Administrativa para concretar el sujeto pasivo de los hechos dañosos provocados por un ente público.

Asimismo, también se sostuvo, que cuando el parlamento expedía una nueva ley que subroga a otra pre-existente, no se está frente a una violación de una ley, y que esa nueva ley no es productora necesariamente de un perjuicio a quienes se servían de la ley anterior, puesto que el legislador cuenta con la plena y amplia facultad de expedir normas sin estar sopesando que puede cambiar negativamente la situación de algún sector de la sociedad, en ese orden de cosas, es incomprensible sostener que la ley pudiese quebrantar el derecho; solo puede transgredir el derecho aquel organismo que tiene a sus manos la función de ejecutar la ley, pero no quien tiene la función de producirla (Varas, 1948).

En la etapa de la posguerra, gracias a postulados como los de Kelsen, comenzaron a establecerse tribunales especiales para la guarda y control de la supremacía constitucional, lo que trajo como consecuencia la concepción de que las leyes por el hecho de ser tales no quiere decir que necesariamente sean justas, equitativas o constitucionales, pues podían ser objeto de revisión o examen para verificar si cumplían con estos presupuestos. Estos tribunales constitucionales fueron poco a poco erigiéndose en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, sea como una sala, sección o comisión dentro del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria o como una institución totalmente independiente. Así pues, bajo el nuevo esquema de control a los actos del legislador y entendiendo que este puede incurrir en falibilidad, comienza a concebirse que las normas que produce sí son susceptibles de causar un daño.

De igual forma, la teoría de que la ley gira en torno a un concepto de absoluta abstracción, fue abandonándose, puesto que surgieron un número importante de leyes que se dirigían a unos destinatarios muy particulares, lo que permitía determinar con mayor precisión la afectación a concretos y específicos sujetos, que se veían impactados negativamente por el hecho de la expedición de la norma. Estas situaciones, no pueden decirse que trajeron como consecuencia directa la imputabilidad de responsabilidad al Estado legislador, pero sí sentaron las bases para comenzarse a consolidarse.

Pese a lo mencionado sobre el control de constitucionalidad, como fenómeno que contribuyó a la consolidación de las teorías de la responsabilidad del Estado legislador, podría decirse que la primera decisión judicial en esta materia se dio en el país galo, en un momento en que tal país aún no contaba con un tribunal constitucional, ya que la decisión a la que se alude se produjo en 1938 y el Consejo Constitucional francés fue creado en el año 1958. Se trataba de un típico caso de expedición de una ley singular, la cual causaba perjuicios exclusivamente a un particular el popular *arrêt La Fleurette* (Alonso & Leiva, 2011) siguiendo con estos autores a este respecto señalan:

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 declarato-

ria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

En el plano del derecho administrativo, autores de la talla de García de Enterría (2005) sostienen que el hecho que un juez o tribunal condene al pago de una indemnización por las leyes expedidas por el legislador, constituye una sustitución de su voluntad. Y este fenómeno degeneraría en una desnaturalización radical del papel de la justicia que se vería investida de un sorprendente poder normativo directo frente a la representación popular o soberana.

Dicho lo anterior, se procederá al estudio de la responsabilidad del Estado legislador desde el punto de vista del Derecho comparado, o por lo menos desde la visión de la evolución de este tipo de responsabilidad, en los principales países que sirvieron de inspiración para el Derecho Administrativo colombiano, esto es Francia y España.

### **Concepciones de la Responsabilidad del Estado Legislador en el Derecho francés**

La doctrina y jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad del Estado legislador es de trascendental importancia, toda vez, que como se señaló anteriormente, fue en este país donde se emitió por primera vez una sentencia judicial en la que se condenaba al Estado por el hecho de una ley expedida por el órgano legislativo. Valga destacar, que el Consejo de Estado

francés ha utilizado como título de imputación para esgrimir esta responsabilidad, una manifestación de daño especial cimentada en la idea de ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, bajo la cual sostiene que todos los ciudadanos deben soportar las posibles incidencias que genera una ley, pero si con respecto de un sujeto en particular esa carga es superior o mucho más gravosa medida frente a la que soporta el resto de la colectividad, se configura una ruptura del equilibrio de cargas.

Entrando a la casuística particular, ese primer litigio que marcó la naciente teoría de la responsabilidad por el hecho de las leyes, fue el *arrêt La Fleurette*. En este caso, el órgano legislativo expide una norma de carácter general que prohibía la elaboración, producción, distribución y comercialización de una crema láctea que utilizaba como materias primas insumos o ingredientes diferentes de la leche. Esta restricción se dictó mediante una ley del año 1934 y revisado el inventario de las empresas que fabrican este producto, se encontró que la única afectada era la “Société des produits laitiers La Fleurette”. Para resolver si la empresa tenía derecho a una indemnización, el Consejo de Estado mediante sentencia de 14 de enero de 1938, sostiene que la empresa láctea La Fleurette, está soportando una carga que fue creada para el interés general, pero que sin embargo es la que ha sufrido un detrimento que el resto de la sociedad no le ha correspondido sufrir.

Otro caso de significativa relevancia en la teoría de la responsabilidad del Estado legislador,

es el *arrêt Bover*, los fundamentos fácticos de esta sentencia se pueden resumir de la siguiente manera: una persona arrendó una vivienda a un militar, y en el transcurso de ese arriendo inició un proceso judicial con el objetivo que el militar desalojara el inmueble, consiguiendo que se dictara sentencia judicial ordenando la restitución del inmueble arrendado, sin embargo, el propietario del inmueble no pudo hacer efectiva esta orden judicial, toda vez que una ley expedida en el año 1959, prohibía que a los agentes del servicio castrense en África, les fuera quitada la posesión o tenencia de un inmueble. En esta sentencia del 23 de enero de 1963, se señala que el propietario no está en el deber jurídico de soportar esa carga especial, sosteniendo además que hay un ostensible rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, puesto que al resto de los propietarios de inmuebles que lo tienen arrendado a un tercero no les ha tocado soportar esa carga anormal y especial, y que, por su gravedad y especialidad, tal menoscabo representa una condición excepcional suficiente para establecer, teniendo en cuenta el mutismo de la ley a este respecto, la responsabilidad sin culpa del Estado. Así, puede extraerse que en la jurisprudencia francesa clásica, la especialidad del daño es un presupuesto para configurar la Responsabilidad del Estado Legislador, pues no es cualquier daño que debe sufrirse, el daño debe ser especial, esto es, un daño anormal, excepcional, desproporcionado, inequitativo en la medida que si es soportado por la gran mayoría de la sociedad, entonces hay una igualdad en el soporte de esas cargas.

### **Concepciones de la responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español**

A pesar que en España hay un fuerte sector de la doctrina que sostiene que debe ser regla de derecho sustraer de toda responsabilidad resarcitoria al legislador por el hecho de sus leyes, en contraposición a estos planteamientos, el Tribunal Supremo de España ha decretado en cierto número de ocasiones que el Estado sí compromete su responsabilidad por los actos del legislador, apoyándose en fundamentos teóricos derivados de los principios de confianza legítima, de seguridad jurídica, y de que una ley declarada contraria a la Carta Fundamental puede tener la virtualidad de producir un daño antijurídico.

Los casos en que el Tribunal Supremo español se ha apoyado en el principio de confianza legítima y de seguridad jurídica son muy ilustradores, uno de tales casos, es el de las empresas pesqueras, que se venían dedicando a su actividad mercantil con el apoyo y el fomento del gobierno, por ejemplo, se expidió un decreto para incentivar tal actividad. Sin embargo, tiempo después, cuando España se adhiere a la Unión Europea, el país ibérico debió rebajar los cupos de pesca de los armadores nacionales, y los empresarios que habían invertido fuertes sumas de dinero para renovar sus flotas, percibieron cómo sus inversiones no iban a tener los resultados según las condiciones iniciales frente a las cuales depositaron unas expectativas legítimas.

Así, los decretos de fomento a la pesca, aunados a la ley de adhesión a la Unión Europea, son los que de cierta forma producen el daño derivado de la merma en utilidades que se estimaba

recibir, y se rompe de igual forma la confianza que les dio el Estado en que su actividad podía desollarse sin que se les cambiasen abruptamente las reglas de juego. Bajo esos parámetros hay una configuración de responsabilidad del Estado, por modificar súbitamente unas condiciones que habían permitido proyectar el desarrollo de actividad con cierta seguridad de rendimientos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo de España, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 17 de febrero de 1998, con magistrado ponente Juan Antonio Xiol Ríos, consideró como daño resarcible, el hecho de que ciertos terrenos o parcelas ubicadas en las Islas Baleares, de propiedad de unos particulares fueran declarados como áreas protegidas mediante una ley del parlamento autonómico. Esta situación, rompió el principio de confianza legítima y adicionalmente a eso, existía una norma de carácter urbanístico que frente a una situación similar de cambio de destinación de un inmueble preveía una indemnización. En este caso concreto, las normas de los parlamentos autonómicos provocaron una alteración súbita de un *statu quo*, que produce igualmente una ruptura sobre la seguridad que venían gozando respecto de la calificación de sus bienes.

### **La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho colombiano**

En Colombia la responsabilidad del Estado derivada del hecho o la omisión del legislador se encuentra aún en construcción teórica conceptual, pues los desarrollos jurisprudenciales en la materia son muy incipientes y no han postula-

do fundamentos concretos que den plena autonomía a este tipo de responsabilidad, apelando más bien a la jurisprudencia francesa, italiana o española como soporte en la resolución de controversias de esta naturaleza.

Así pues, la consolidación en Colombia de una teoría clara de responsabilidad del Estado legislador ha encontrado muchos tropiezos, inicialmente en la concepción de que la ley es la manifestación suprema de soberanía del Estado, condujo a pensar, al decir de Marienhoff (1997, p.600), que la ley “que causara perjuicio era expresión de la voluntad general y por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño”, y bajo esa perspectiva el legislador no puede ser sujeto activo de daño. Pero estas posturas de absoluta irresponsabilidad del órgano legislativo, fueron encontrando cotos o límites que poco a poco permitieron endilgar excepcionales responsabilidades en este órgano, aunque aun los contornos de imputación jurídica de tal responsabilidad son imprecisos.

El fundamento constitucional que establece en forma genérica la responsabilidad del Estado en Colombia es justamente el artículo 90 de la norma superior. Esta preceptiva no hace distinción respecto de la clase de órgano del Estado al que se le puede hacer este juicio de reproche, por lo que debe interpretarse que aplica para cualquier tipo de entidad independientemente de la rama del poder. En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2006 expresó que, desde un punto de vista amplio, el artículo 90 de la Constitución Política, al hacer alusión a las autoridades públicas, allí se encuentran co-

bijadas aquellas entidades de naturaleza estatal encargadas de ejecutar funciones de carácter legislativo sin perjuicio de que sea la ley la que establezca las directrices, parámetros y procedimientos dentro de los cuales se ha de hacer efectivo este tipo de daño resarcible.

Según Alonso y Leiva (2011), la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación resarcitoria por la actuación del legislador, tales como la figura de la expropiación; la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio contemplada en el artículo 336 superior, o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos según voces del artículo 365 de la Carta Política.

Ahora bien, lo consagración en la Constitución de una serie de responsabilidades indemnizatorias por parte del legislador, no quiere decir que esa responsabilidad se siga por el principio de taxatividad, esto es, que son solo aquellas que pre-establezca estrictamente una ley, sino que pueden considerarse como *numerus apertus*, en el entendido que se deja abierta la oportunidad para que el fallador con base en su sano juicio determine en qué supuestos considera que una ley genera la obligación de reparar.

En el caso colombiano, pese a que la tradición ha sido de un sistema esencialmente legalista, toda la producción en materia de responsabilidad del Estado y especialmente del Estado legislador es de origen jurisprudencial.

Bajo esa tesis, el Consejo de Estado, como máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha procurado, así sea en forma

elemental, establecer los elementos o presupuestos configuradores de la responsabilidad por el hecho de las leyes, aunque la cantidad de estos tipos de reclamos son escasos, por la especificidad del tema.

El Consejo de Estado colombiano, en un caso no necesariamente sobre la materia, hizo una referencia especial en el año 1990 al Estado legislador como responsable de daños, y que esta nueva visión podría verse como un nuevo régimen de responsabilidad estatal. Ahora bien, en realidad el primer caso de estudio de responsabilidad del Estado legislador en Colombia se da con la sentencia del 25 de agosto de 1998, en este caso, un ciudadano colombiano resulta muerto en 1991 por un agente diplomático norteamericano, luego de ser atropellado con el vehículo que este conducía, los parientes de la víctima procuran inicialmente obtener indemnización por los daños acaecidos, ante la Corte Suprema de Justicia, la cual simplemente rechazó las pretensiones incoadas contra el conductor del vehículo debido a la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena, esta fue aprobada por la Ley 6ª de 1972, mucho antes de la Constitución de 1991. Así pues, como no lograron sus resultados en la Corte Suprema de Justicia, acuden a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, demandando al Congreso, puesto que fue este órgano, el que aprobó la ley que le daba inmunidad a los agentes diplomáticos, impidiendo obtener reparación por parte de esos agentes.

Para resolver esta situación, el Consejo de

Estado hizo unas importantes consideraciones, entre ellas, sustentó que la responsabilidad del Estado legislador no tenía su fundamento exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño, es decir, aquel daño en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar el menoscabo.

En esta sentencia, se determinó que el título de imputación jurídica sobre el cual se fincaba el juicio de responsabilidad era el daño especial, fundamentado en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, causado por una acción lícita del ente estatal, consistente en la firma de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya materialización causó un daño antijurídico, el cual un ciudadano en específico no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En el mismo año de 1998, el Consejo de Estado colombiano en sentencia del 8 de septiembre, resuelve un caso que reunía ciertas condiciones de similitud con el anterior, en primer lugar, porque la ley a la cual se le hacía el examen por producción de daño, era la misma Ley 6° de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre inmunidad diplomática. En esta oportunidad, en igual sentido un agente de servicios consulares o diplomáticos de origen extranjero provocó un daño a un particular. En esta decisión, el Consejo de Estado aclara que no puede esgrimirse en manera alguna, que el Congreso haya cometido un yerro por aprobar la citada ley, pues solo se limitó a ratificar que tal Convención tendrá aplicación en el derecho interno; y que la causa eficiente del daño no es en sí misma la ley, sino la condición en que coloca el Estado a un

ciudadano de no poder demandar la reparación de un daño a su provocador directo, y por lo tanto, el ciudadano no puede soportar esa carga, de quedarse menoscabado con un daño que en principio, nadie está en el deber de reparar, y por consiguiente es el Estado quien debe asumir ese peso para equilibrar la balanza de todos los co-asociados al soportar las denominadas cargas públicas.

Otra oportunidad en que se estudió si una ley produjo un daño y si debía ser reparado, es en la sentencia del 26 de septiembre de 2002 del Consejo de Estado. Se puede resumir sus fundamentos fácticos y jurídicos de la siguiente manera: En el año de 1994 se expide la Ley 168, y esta en su artículo primero numeral 2.7 establecía que debe incorporarse los recursos generados por concepto de los contratos de concesión a particulares de la telefonía móvil celular en el rubro de recursos de capital y de excedentes financieros de la nación. Con la creación de esta preceptiva se modificaba la destinación inicial de esos recursos, ya que no se distribuirían entre las entidades territoriales, sino que se trasladaban a un fondo especial de la nación. Pero la Corte Constitucional mediante Sentencia C-523 de 1995 del 16 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del numeral arriba comentado. Esto trajo como consecuencia que los recursos de que se viene hablando se restablecieran a su anterior destinación, esto es, a las entidades territoriales, pero como la norma estuvo vigente durante el año 2014 y hasta finales de 2015, la pregunta que se suscitaba era si la sentencia de la Corte Constitucional debía tener efectos re-

troactivos con el objeto que los dineros que ya habían entrado a la nación en los periodos 2014-2015 se devolvieran a las entidades territoriales. Así pues, un municipio particular, llamado Prado demandó al Ministerio de Hacienda, para que este le respondiera por los daños causados al no girar unos recursos que había obtenido el Ministerio con ocasión de una ley, que posteriormente fue declarada inexecutable. Con la demanda se pretendía que la jurisdicción Contenciosa Administrativa diera vía libre a la inaplicación de la sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido de que en caso de silencio, se entiende que sus decisiones se aplican hacia el futuro, y así lo que se buscaba era que el Juez Administrativo declarara que sí podía aplicarse la sentencia hacia el pasado. Finalmente, el Consejo de Estado rechazó las súplicas de esta demanda considerando que las sentencias del órgano de cierre constitucional solo tienen efectos hacia el futuro, a menos que la misma sentencia señale lo contrario. Además, posteriormente el Congreso, mediante el artículo 5° de la Ley 217 de 1995 señaló específicamente que la Sentencia C-523 de 1995 solo tendría efectos a partir de la fecha de su notificación, y en un pronunciamiento posterior la Corte Constitucional había hallado concordante con la Constitución esa disposición legislativa que consagraba los efectos hacia el futuro de su sentencia.

### **Responsabilidad del Estado legislador por norma declarada inconstitucional**

Es menester precisar, que la mayoría de las jurisprudencias en el mundo, entre ellas las estu-

diadas, Francia, España y Colombia, no exigen que para que se pueda imputar responsabilidad por el hecho de la ley se requiera previa declaración de inexecutable, por cuanto una ley aunque sea legítima, puede causar algún tipo de daño. Y esto, visto desde la teoría de la antijuricidad del daño, ya que no importa la licitud de la conducta, o en este caso, la constitucionalidad de la ley, lo que interesa es que un sujeto haya sufrido un daño, y este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo o que al mismo tiempo la carga que él soporta exceda considerablemente a la soportada por el resto de los co-asociados.

No obstante, que la responsabilidad pueda predicarse independientemente de la declaratoria de inexecutable, aquí en este acápite centrará la atención en los presupuestos esenciales para imputar responsabilidad en caso de normas inconstitucionales y en el otro acápite se analizarán estos presupuestos de manera global.

En ese orden de cosas, para que se configure la responsabilidad del Estado por una ley declarada inexecutable se ha propuesto por la doctrina (Franco & Góngora, 2001; Sagúes, 2007) unos presupuestos esenciales, a saber:

- Hecho dañoso imputable al Estado.
- Daño antijurídico, cierto, particular y estimable.
- Nexos de causalidad entre la ley inconstitucional y al daño ocasionado al particular.

El primero de los elementos arriba enunciados hace relación a la imputabilidad, esto es, la determinación precisa de la autoría del daño, puesto que si no existe certeza de la procedencia del hecho dañoso, entonces esta trípode plan-

teada se vería seriamente limitada por falta de establecimiento de productor del perjuicio. En palabras de García de Enterría (2005), es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado, el deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y este.

El otro presupuesto que se plantea, es que el daño debe reunir la condición de ser antijurídico, esto es, no todo daño producido por una ley es *ipso facto*, objeto de reparación, sino aquellos daños que se produjeron como consecuencia directa de los defectos de la ley por falta de coherencia con el texto constitucional. Bajo esta tesis, se excluye de contera, demandas de inconstitucionalidad por leyes consideradas inexequibles por vicios en su proceso de formación o simplemente por vicios de forma, ya que no es concebible que lo que haya producido el daño sea un aspecto en trámite de expedición de la norma.

Además de la antijurídica en el segundo presupuesto mencionado, se exige su certeza, particularidad y valuación. En cuanto a la certeza, se excluye aquellos daños que sean posibles, eventuales, hipotéticos, pues si no es verdadero y verificable entonces no hay reparación. Eso no obsta, para que se reconozcan daños futuros, pero que se puedan establecer.

Que sea personal o particular el daño, hace alusión a que se puede determinar con precisión que quien dice ser el afectado en realidad lo sea, y no quede infinitamente indescifrable el afectado, y desde ese punto de vista se puede individualizar y demostrar su interés para actuar, lo

que en la doctrina procesal, le denominan legitimación en la causa.

La valuación o evaluación del daño consiste en que se pueda estimar objetivamente el costo de los perjuicios sufridos, y en ese sentido, es menester determinar conceptos como lucro cesante y daño emergente, que son discriminables económicamente. Y aunque los perjuicios morales sean más difíciles de objetivar, la jurisprudencia siempre ha ideado mecanismos para hacerlo, siempre dejando, en todo caso, al arbitrio iuris del juez tal determinación.

Finalmente, el nexo causal hace referencia a que el hecho dañoso, en el caso sub lite, la ley, sea la directa responsable del daño antijurídico sufrido por el ciudadano, y que frente a esta conexión no puede interferir una causa extraña que exonere de responsabilidad al Estado, como una fuerza mayor o un caso fortuito (sería objeto de un estudio profundo elucidar cómo se aplicaría esta a un caso de responsabilidad por el hecho de las leyes), culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

### **Presupuestos para la configuración de la responsabilidad del Estado legislador**

Cuando se hace alusión a presupuestos para la configuración, se está señalando que deben existir unos lineamientos, reglas básicas y requisitos esenciales que de materializarse dan lugar a la imputación de responsabilidad para el Estado. Estos lineamientos no son reglas dogmáticas inamovibles, sino por el contrario, varían de acuerdo a circunstancias de tiempo (históricas), de modo (elementos fácticos que rodearon

la situación) y de lugar (países con diferentes ordenamientos jurídicos y desarrollos jurisprudenciales).

En las siguientes líneas, se tratarán esos elementos desde la visión jurisprudencial, teniendo en cuenta que cuando se hicieron los recorridos por países como Francia, España y Colombia, se expusieron algunas sentencias que dejan entrever los elementos configuradores, que determinan esa responsabilidad.

Así pues, en la literatura administrativista especializada se encuentra que García de Enterría y Rodríguez (1988) concibe tres supuestos de responsabilidad del Estado legislador:

- a) que la ley prevea la indemnización; García de Enterría, curiosamente y a pesar que sostiene teorías promotoras de reducciones de las inmunidades del poder, sostiene que una ley debe sustraerse a la eventualidad de producir daños, ya que el legislador, como creador de las reglas que rigen el comportamiento, es susceptible de crear normas que cambien un *statu quo* y eso hace parte de su función creadora.
- b) que la ley no previendo la indemnización, no la excluya radicalmente;
- c) que la ley excluya la posibilidad de indemnización expresamente.

Por otra parte, para Garrido Falla (1989), varios son los aspectos a considerar:

- a) toda carga o sacrificio impuesta por ley no declarada inconstitucional ha de ser soportada por el administrado, quien no obstante podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea expropiatoria;

- b) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha ley.

Como se ha visto, los anteriores autores se aproximan más a una teoría de exclusión de responsabilidad del Estado legislador, y dejan abierta la posibilidad pero para casos muy concretos, como que la misma ley lo consagre o en caso de declaratoria de inexecutable.

Para cambiar un poco sobre estas concepciones también se cita a Vidal Perdomo (1997), quien haciendo un análisis desde el *arrêt La Fleurette*, extrae los siguientes presupuestos:

- La actividad que resulta afectada debe ser lícita.
- El perjuicio debe ser especial y grave, en el entendido que debe sobrepasar las cargas que impone la ley.
- La ley en algunos casos debió dictarse no en interés general sino en interés de un grupo.

### Conclusiones

El tipo de Responsabilidad Administrativa que se ha desarrollado en estas líneas, es decir, la derivada de un acto del legislativo, es la que en el derecho administrativo se construyó en último lugar, pues primero fueron la del Estado administrador y después la del Estado-juez, y la del Estado legislador aún se encuentra en proceso de consolidación, teniendo en consideración que en muchos países no ha logrado ser abordada, ni desde la doctrina, ni desde la jurisprudencia.

Es saludable para la institucionalidad, legitimidad y la democracia que los estados reconoz-

can este tipo de responsabilidad, pues negar este tipo de juicio de reproche reparativo, equivale a regresar a la etapa de irresponsabilidad absoluta del Estado, pero respecto de una de sus funciones fundamentales, como es hacer el mandato general que debe ser obedecido por sus ciudadanos. Y admitir esta naturaleza de responsabilidad, es sostener en igual sentido que el legislador encuentra en su actuar unos límites, que no son solo la Constitución como norma superior y abstracta, sino también los derechos materiales a una confianza legítima y a una seguridad y estabilidad jurídica que pueden tener los ciudadanos respecto a la forma en que viene funcionando el aparato estatal.

Por fortuna, en Colombia existen los suficientes elementos normativos constitucionales y legales que permiten elaborar, explicar y hacer efectiva una teoría de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, de tal forma que habrá lugar a resarcir los perjuicios ocasionados, en razón de una ley, cuando el órgano legislativo en ejercicio de sus funciones vulnera los cometidos estatales y transgrede el principio de la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas.

Ahora bien, la cláusula general de responsabilidad establecida en la Constitución de 1991, fue piedra angular en la formación de los fundamentos de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia. Teniendo en cuenta que en la Constitución se extiende a un tipo de responsabilidad que no solo se focaliza en la conducta o comportamiento del agente estatal, sino que también debe ponerse la lupa en el daño producido, para determinar si el sujeto afectado debió

padecer justificativamente ese daño y si no está soportando una carga inequitativa frente al resto del conglomerado social. Están pues, inmersas en la preceptiva constitucional la teoría de la antijuricidad del daño y del equilibrio en las cargas públicas, que son cimientos de gran valor que ha utilizado la jurisprudencia generalizada para edificar sobre ellos una teoría consistente, coherente y sistemática de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes.

### Referencias

- Alonso, M. C. & Leiva, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 77-106, Universidad del Rosario, Colombia.
- Broyelle, C. (2003). *La responsabilité de l'État du fait des lois*. Paris-Francia: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Casas, J. (2010). *La responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario*. Argentina: Ad-Hoc.
- Colombia, Corte Constitucional (2006). Sentencia C-038 del 1º de febrero de 2006. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional (1995). Sentencia C-523 del 16 de noviembre de 1995. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (1998). Sentencia del 25 de agosto de 1998. Expediente IJ-001. Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de septiembre de 1998, Expediente IJ-002. Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2002). Sentencia del 26 de septiembre de 2002, Expediente 4458. Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez.
- Franco, P. & Góngora, M. (2001). *La responsabilidad del Estado Legislador en los eventos de sentencias moduladas*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- García de Enterría, E. (2005). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid: Editorial Arazandí, Thomson-Civitas.
- García de Enterría, E. & Fernández Rodríguez, T. R. (1988). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garrido Falla, F. (1989). *Sobre la responsabilidad del Estado legislador*.
- Laferrière, E. (1888). *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Volumen II, Igdj. Paris.
- Marienhoff, M. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Riascos, L. O. (2008). Teoría general del acto administrativo: el perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos. En *Ensayos jurídicos de derecho administrativo*. Pasto: Ed. Udenar.
- Rodríguez, L. (2013). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- Sagúes, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Varas, G. (1948). *Derecho Administrativo*. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Vidal, J. (1997). *Derecho Administrativo*. 11º Ed. Bogotá D.C.: Temis.