

PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD DEL PODER LEGISLATIVO

Carlos Mario MOLINA BETANCUR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado por acto legislativo en Colombia*. III. *Adopción jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por acto legislativo en Colombia*.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados con una ley ha sido una innovación jurisprudencial importante en Colombia. En efecto, podríamos decir que este reconocimiento es una de las evoluciones más importantes del Estado de derecho, el cual se ha venido consolidando cada vez más en nuestro país.

Con la evolución jurisprudencial del siglo XX se comenzará a discutir, especialmente en Francia, donde se había construido la teoría de la irresponsabilidad del soberano, la posibilidad de que el legislador pudiera producir un daño especial y anormal, el cual debía ser indemnizado por el Estado para proteger el sagrado principio de igualdad. Esta evolución fue posible en Colombia gracias a la Constitución Política de 1991, que dispuso, entre otras normas, en su artículo 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de

* Profesor de la Universidad del Rosario, de Bogotá; investigador de la Universidad de Medellín.

tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.¹

Con estos avances normativos y jurisprudenciales, el Consejo de Estado colombiano tendrá las herramientas necesarias para comenzar, en derecho administrativo, a espulgar el impenetrable mundo de la soberanía del Estado, y así volverla, tal vez, más acorde con nuestra realidad social de derecho.

II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LEGISLATIVO EN COLOMBIA

En nuestro medio ya existían, desde comienzos de la República, antecedentes importantes en materia de indemnización por acto legislativo. Lo vemos claramente en la Constitución de Cúcuta de 1821, la cual establecía en su artículo 177: “Ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad, ni ésta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento, o el del cuerpo legislativo. Cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse”. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia había reconocido desde tiempo atrás este tipo de responsabilidad. Esto lo vemos en las primeras sentencias de responsabilidad que se conocen al respecto,² en donde encontramos una estricta referencia a las disposiciones constitucionales y legislativas existentes sobre indemnización del Estado, las cuales no solamente establecían casos particulares de daños atribuibles al legislador, como en 1821, sino también ciertos requisitos para

¹ Véase Pérez Restrepo, Bernardita, “Apuntes en torno a una teoría de la responsabilidad del Estado por el acto del legislador”, *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, Medellín, Colombia, núm. 12, 2002.

² CSF, sentencia del 7 de diciembre de 1864. Copia tomada del *Diario Oficial*, año II, núm. 213, martes 3 de enero de 1865, p. 12; CSF, sentencia del 5 de diciembre de 1856. Copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 527, enero de 1866, p. 11; CSF, sentencia del 3 de enero de 1865. Copia tomada del *Diario Oficial*, año II, núm. 222, 13 de enero de 1865, p. 849; CSF, sentencia del 11 de diciembre de 1865. Copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 531, 9 de enero de 1866, p. 27; CSF, sentencia del 18 de diciembre de 1865. Copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 537, 16 de enero de 1866, p. 51. Véase Henao Pérez, Juan Carlos, *La responsabilidad extra-contractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990*, Bogotá, t. I, vol. 2, p. 683.

acceder a ese derecho, propios de la legislación sobre la guerra³ o la expropiación.⁴

Con la nueva Constitución de 1886 se afianza aún más el reconocimiento de este tipo de responsabilidad, haciendo claridad sobre los diferentes casos en que el Estado, de forma excepcional, reconocía una indemnización. El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado serviría posteriormente para fundamentar los distintos regímenes de responsabilidad que desarrollaría el Consejo de Estado, lo que explica la constante alusión de la jurisprudencia a que la responsabilidad del Estado surgiría de los artículos 16, 30, 31 y 36 de la Constitución de 1886.⁵

Según el artículo 16 de la Constitución de 1886, “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y el de los particulares”. Igualmente, el artículo 31 dispone que “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública resultase en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el derecho privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo en el artículo siguiente”.

A su vez, el artículo 32 nos informa que: “En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena o apremio o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes”. Artículo completado de una mejor forma por los actos legislativos núms. 6 de 1905 y 1 de 1936, según los cuales: “Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa mediante mandamiento judicial y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificar la expropiación”. Por último, el artículo 33 establecía que: “En caso de guerra y sólo para atender el restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la

³ CSF, sentencia del 7 de diciembre de 1864. Copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 213, 3 de enero de 1865, p. 12. También CSF, sentencia del 3 de enero de 1865.

⁴ CSJ, sentencia del 21 de enero de 1879.

⁵ CE, sentencia del 27 de junio de 1991. Expediente 6454. Actores: Edgar Pérez Rodríguez y otra.

indemnización... la nación será siempre responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por medio de sus agentes”.

Motivada y tal vez influenciada por la guerra civil de la época, y una vez instaurada definitivamente la forma de Estado central, la nueva Corte Suprema de Justicia continúa la tradición de la precedente Corte federal, reconociendo la responsabilidad extracontractual del Estado por acto legislativo. En efecto, las referencias a las disposiciones constitucionales y legislaciones no faltaban en las sustentaciones de las sentencias, pero por fuera de éstas era difícil aceptar la responsabilidad del Estado por daños a las personas. Generalmente se referían a los casos de indemnización en expropiación por motivos utilidad pública; indemnización en favor de las personas que fueran privadas del ejercicio de una actividad lícita como consecuencia de la creación de un monopolio estatal; indemnización para la expropiación en los casos de guerra para atender el restablecimiento del orden público y, mucho después, en la Ley 38 de 1918, para casos de responsabilidad por los daños producidos con la ocupación de inmuebles por motivo de trabajos públicos.

También, durante el siglo XX, el Consejo de Estado fue atento a este tipo de responsabilidad en Colombia. Considerándolo como daño especial, se ha aplicado particularmente en los casos ya vistos de expropiación por trabajos públicos o guerra.⁶ Dicho régimen pretende que el Estado indemnice a las víctimas de un daño por razones de equidad. Es decir, a indemnizar a los particulares los daños especiales y anormales, como los daños a un inmueble causados en la expropiación de bienes inmuebles o por intervención de la fuerza pública en tiempo de guerra, que se causen con la actividad legal y cotidiana del legislador.⁷

Los fundamentos constitucionales actuales de la responsabilidad del Estado por acto legislativo son desde 1991 mucho más claros y precisos.

⁶ CE, sentencia del 29 de julio de 1947. Actor: El Siglo S. A.

⁷ “Responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”. CE, sentencia del 28 de octubre de 1976; CE, sentencia del 30 de enero de 1987. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4493; CE, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 1973. Actor: Vitalia Duarte.

En efecto, el origen del artículo 90 de la Constitución de 1991 lo encontramos sin lugar a duda en el antiguo artículo 16 de la Constitución de 1886, que sirvió de base, primero, a la Corte Suprema de Justicia, y luego al Consejo de Estado, para construir lentamente los fundamentos jurisprudenciales de la responsabilidad en Colombia. Pero podemos también encontrar otros fundamentos normativos de tipo constitucional que fortalecen la cláusula general del artículo 90.

En efecto, el artículo 1o. de nuestra Constitución establece que Colombia es un “Estado social de derecho... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Seguidamente, el artículo 2o. de la carta constitucional establece los fines esenciales del Estado: “el Estado y las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”.

Más concretamente, el artículo 6o. nos informa que en Colombia responden: “los particulares por infracción a la Constitución o las leyes y los servidores públicos por igual causa y por omisión o extralimitación de funciones”. También encontramos la disposición que ha servido a la jurisdicción contencioso administrativa para fundar la responsabilidad del legislador sobre el régimen del daño especial. Según el artículo 13 que acoge el derecho a la igualdad: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Lo anterior nos brinda el marco general para que el artículo 90 de la Constitución disponga que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.⁸

⁸ Artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo de 1984 (responsabilidad civil del funcionario público) y Ley 678 del 3 de agosto de 2001.

Por último, y para continuar con la tradición histórica del país, los artículos 58, 59 y 336 retoman las antiguas disposiciones constitucionales sobre la indemnización especial para las personas que resulten afectadas por expropiaciones, ocupaciones temporales o permanentes en tiempos de guerra, o por la constitución de monopolios. Esto por cuanto la misma Constitución de 1991 establece de forma clara y reiterada la garantía de respetar la propiedad privada. A partir de estas normas comienza una nueva etapa de la evolución de la responsabilidad en Colombia en materia de daño especial. El Consejo de Estado los tendrá en cuenta para fundamentar toda su jurisprudencia sobre indemnización por acto legislativo y para sustentar la indemnización de otros regímenes de responsabilidad.

Utilizando el fundamento constitucional del artículo 90, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha podido avanzar mucho más seguramente en la consolidación de los diferentes regímenes de responsabilidad.⁹ Sobre todo, en el tratamiento de la responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo excepcional que se presenta cuando la administración utiliza vehículos automotores,¹⁰ armas de dotación oficial,¹¹ o en el tratamiento de lo que tiene que ver con responsabilidad del Estado por actos de terrorismo.¹² De especial interés, las últimas evoluciones jurisprudenciales tienen que ver con aspectos que, por estar íntimamente ligados a la soberanía del Estado, siempre gozaron en Colombia de una cierta inmunidad en cuanto a la responsabilidad del Estado por daños a los particulares. Estamos hablando de la responsabilidad extracontractual del

⁹ CE, sentencias del 25 de febrero de 1993, expediente 7703; del 11 de agosto de 1994, expediente 9106; del 13 de febrero de 1997, expediente 9912. Véase de forma completa cómo lo explica Jesús María Carrillo Ballesteros en la introducción que hace al libro de Michel Paillet, *La responsabilidad administrativa*, trad. y estudio de Jesús María Carrillo Ballesteros, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 37.

¹⁰ CE, sentencias del 25 de mayo de 2000, expediente 11.253. Actores: Milton Gamboa Patiño y otros; y del 15 de junio de 2000, expediente 11.688. Actores: Hernando Miranda González y otros.

¹¹ CE, sentencias del 21 de abril de 1994, expediente 6991; del 11 de noviembre de 1999, expediente 12.70; del 18 de mayo de 2000, expediente 12.053, y del 21 de septiembre de 2000, expediente 11.766.

¹² CE, sentencias del 23 de septiembre de 1994, expediente 8577; del 16 de junio de 1995, expediente 9392; del 15 de marzo de 1996, expediente 9034; del 15 de abril de 1999, expediente 11.461, y del 10 de agosto de 2000, expediente 11.585. Actores: Noemí Revelo de Otálvaro y otros.

Estado por error judicial¹³ y de la tan esperada responsabilidad por hecho de la ley.¹⁴

III. ADOPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LEGISLATIVO EN COLOMBIA

1. *Una evolución acorde al derecho internacional*

La evolución jurisprudencial que ha tenido la responsabilidad del Estado por acto legislativo en Colombia no es una originalidad de nuestro sistema jurídico. Otros países, más respetuosos del Estado de derecho y de la soberanía del Estado, habían ya escarbado y hecho sus innovaciones mucho antes que nosotros. Tal vez esto ha inspirado al Consejo de Estado para seguir los mismos pasos prudentes que han efectuado sus homólogos más próximos culturalmente, como Francia y España.

En Francia, país tradicionalmente respetuoso de la soberanía, sin control constitucional de las leyes vigentes, ha establecido desde 1938, con su ya conocida sentencia del Consejo de Estado “*La Fleurette*”, la responsabilidad del Estado por acto legislativo. Considerándolo como daño anormal y especial, el daño económico que produce a una industria lechera una ley que prohíbe la protección de este producto en ese país, el Consejo de Estado ordena la indemnización a los demandantes por haberse producido, legalmente, un daño grave y particular que el afectado no tenía por qué soportar. Esto sustentado en el principio de igualdad por el desequilibrio producido frente a las cargas públicas. Desde entonces se ha reconocido en este país ampliamente dicha responsabilidad, guardándole sin embargo un carácter de excepcional.¹⁵

¹³ CE, sentencias del 8 de noviembre de 1991, expediente 6380; del 1o. de octubre de 1992, expediente 7058; del 11 de agosto de 1993, expediente 8079, y del 10 de septiembre de 1993, expedientes 7947 y 8211. Véase Molina Betancur, Carlos Mario, *Responsabilidad del Estado por error judicial*, Medellín, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Medellín, 2003; Hoyos Duque, Ricardo, “La responsabilidad del Estado y de los jueces por la actividad jurisdiccional en Colombia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, septiembre-diciembre de 1997, p. 117.

¹⁴ CE, Sala Plena, sentencia del 25 de agosto de 1998, expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros; CE, Sala Plena, sentencia del 8 de septiembre de 1998, expediente IJ-002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

¹⁵ Véase Paillet, Michel, *op. cit.*, nota 9.

En España se han dado avances considerables en los últimos diez años, no solamente jurisprudenciales sino legislativos. En efecto, desde 1978 el artículo 9.3 de la Constitución Española consagra el principio de la responsabilidad de los poderes públicos. Asimismo, el artículo 33.3 de la Constitución dispone que: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

Por su parte, el artículo 139.3 de la nueva Ley 30 de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estipula que: “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 establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Antes de la entrada en vigor de esta última legislación, el Tribunal Supremo español, en sentencia del 30 de noviembre de 1992, acepta una demanda de reclamación de indemnización planteada por funcionarios, con base en los perjuicios sufridos por el avance en la edad de jubilación. Desestimando la demanda, el alto tribunal sostiene su jurisprudencia anterior,¹⁶ en la que confiesa que, no obstante haber rechazado la demanda de inconstitucionalidad de las leyes de adelanto de la jubilación, advirtió que “esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación”.

Dicha sentencia no sirvió para indemnizar a las víctimas, pero sí para motivar al legislador a pronunciarse respecto al tema. Fue entonces como la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo de 1992 reconoce la responsabilidad del Estado por el acto legislativo, pero para casos específicos reconocidos en la Constitución (artículos 102, 106-2 y 121) o regulados por la misma legislación.¹⁷

¹⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional 108 de 1986, 99 de 1987, del 15 de julio y del 15 de septiembre de 1987, respectivamente, y 70 de 1988.

¹⁷ Véase Alonso García, María Consuelo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

2. *Una evolución todavía en etapa de construcción*

Antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, el Consejo de Estado había admitido que por vía jurisprudencial se podría responsabilizar al Estado por los actos del legislador, salvo que expresamente la ley prohibiera todo derecho a reparación.¹⁸

De su lado, la Corte Constitucional, una vez habiendo constitucionalizado los principios contenidos en el Preámbulo de la Constitución, de obligatorio respeto por parte del legislador,¹⁹ había establecido un nuevo parámetro del principio de separación de poderes y había derribado la antigua concepción colombiana de la irresponsabilidad de las actuaciones de los poderes públicos. En efecto, la Corte Constitucional estableció, en un primer tiempo, que:

La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.

En la misma decisión reconoce el carácter político que encierran sus decisiones y la creación de derecho que hace la Corte como colegislador del Estado. “El juez, al poner en relación la Constitución, sus principios y sus normas, con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”.²⁰

¹⁸ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de octubre de 1990, expediente 5396.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992.

²⁰ Corte Constitucional, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón. T-406 de 1992.

Con la ayuda de la teoría de la interpretación, la Corte Constitucional estableció, en un segundo tiempo, que cuando la ley iba en contra de principios o de derechos consagrados en la Constitución, sin necesidad de que éstos causen o no daños a las personas, se podía, con base en el artículo 4o. de la Constitución, inaplicar dicha norma sin necesidad de esperar la declaratoria de inexequibilidad del alto tribunal constitucional.²¹

Sin embargo, para que se aceptara responsabilizar al Estado por actos del legislador fue necesario no solamente la intervención del artículo 90 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino también la intervención de un grupo de normas legislativas que permitieron dar un primer paso jurisprudencial para atacar la inexpugnable e irresponsable soberanía del Estado. Nos referimos a los artículos 242 y 414 del Código de Procedimiento Penal²² y a los artículos 65 y 66 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Dichas normas abrieron el camino para que el juez administrativo, bajo el régimen de la culpa probada, pudiera juzgar fácilmente en responsabilidad al Estado cuando en el tratamiento de una sentencia se presentara un daño a un particular o una injusta privación de la libertad por una errónea apreciación de los hechos, una desfasada apreciación de la realidad, o de una grosera y evidente mal utilización del derecho.²³

Con este apoyo normativo y jurisprudencial, le quedaba fácil al Consejo de Estado pronunciarse sobre la responsabilidad del legislador, el último bastión de la irresponsabilidad del Estado, el cual era, según el artículo 3o. de la Constitución, la máxima expresión de soberanía. Por ello, el alto tribunal de lo contencioso administrativo aprovecha una solicitud de indemnización de perjuicios causados por un coronel del ejército de los Estados Unidos, cuando arrolló, con su auto diplomático, a una persona causándole la muerte.²⁴ Esto con base en la Ley 6 de 1972, la cual había aprobado la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas,

²¹ Corte Constitucional, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Sentencia C-069 de 1995.

²² Decreto 2700 de 1991.

²³ CE, sentencias del 8 de noviembre de 1991, expediente 6380; del 1o. de octubre de 1992, expediente 7058; del 11 de agosto de 1993, expediente 8079, y del 10 de septiembre de 1993, expedientes 7947 y 8211.

²⁴ CE, Sala Plena, sentencia del 8 de septiembre de 1998, expediente IJ-002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

y que le daba la inmunidad diplomática a los representantes oficiales extranjeros asentados en nuestro territorio.²⁵

Para la Sala Plena del Consejo de Estado, ante la imposibilidad para un ciudadano de demandar directamente ante la justicia ordinaria al responsable de los daños, esto no es obstáculo para que se pueda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la demanda de reparación. Basado en el principio de igualdad del artículo 13 de la Constitución y con fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley, el alto tribunal garantiza, en este caso, el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

Precisa el alto tribunal que la responsabilidad del Estado por acto legislativo no supone la violación de normas superiores. De forma general, el Estado es el titular de las relaciones internacionales y cualquier daño que surja en el ejercicio legal o ilegal de las de esa competencia debe ser indemnizado a las víctimas.

Con base en las disposiciones del artículo 90 de la Constitución, sin tener en cuenta la legalidad del acto, la atribución de responsabilidad se puede derivar de la antijuridicidad del daño sufrido por el demandante. Para tal efecto, en dicho caso, debe aplicarse el régimen del daño especial por la imputación que se le debe hacer al Estado cuando produce un daño anormal con la incorporación a la legislación nacional del texto de la Convención de Viena, bajo el sustento jurídico de un desequilibrio de las cargas públicas que los actores no están en la obligación de soportar.

La decisión del Consejo de Estado en Sala Plena parece ser entonces un avance considerable en la jurisprudencia colombiana. Sin embargo, quedan dudas en la continuidad de dicha posición a causa de varias aclaraciones de voto, que por su contradicción con la sentencia parecen ser más bien salvamentos de voto, y que le dan a la sonada jurisprudencia un aire de insospechada incertidumbre.

Para los consejeros inconformes,²⁶ la inmunidad establecida en la Ley 6 de 1972 es una carga que deben soportar todas las personas. En este

²⁵ Igual demanda que la sentencia del 8 de septiembre. CE, sentencia de la Sala Plena del 25 de agosto de 1998, expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros; CE, Sala Plena, sentencia del 8 de septiembre de 1998, expediente IJ-002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

²⁶ Véanse las aclaraciones de voto de los magistrados Mario A. Méndez, Juan de Dios Montes Hernández, Manuel Urueta y Ricardo Hoyos Duque.

caso particular, el fundamento de la responsabilidad no podía ser el desequilibrio frente a las cargas públicas, sino el daño antijurídico causado por la conducta de las autoridades públicas. De otro lado, aseguran que no sería acertado afirmar, como lo hace la Sala Plena, que el derecho a acceder a la administración de justicia no tiene excepciones, por cuanto esto sería desconocer como principio general del derecho internacional, que consagra desde hace siglos, con aprobación del legislador colombiano, la inmunidad de jurisdicción. Este desconocimiento equivaldría a reconocer que la ley colombiana que la consagra es abiertamente contraria a la Constitución. Por último, se asegura en las disensiones que para el caso dado no se configuró una responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por acto legislativo, por cuanto éste fue el último en aprobar dicho tratado. De lo que se trata acá es de un acto complejo en donde intervienen varios Estados, a nivel internacional, y las distintas ramas del poder público, a nivel interno. Para cuyo caso sería difícil e injusto atribuirle a una sola la responsabilidad por un daño especial y anormal.

Con lo anterior, resulta complicado prever el futuro del avance jurisprudencial en Colombia en materia de responsabilidad del Estado por acto legislativo. Pero, sin lugar a dudas, el que el Consejo de Estado haya aceptado una demanda en tal sentido es un avance considerable para la protección del Estado social de derecho.

Para Colombia resulta indudablemente un avance jurisprudencial importante el que se le permitiera, cualquier ciudadano, desde 1998, demandar al Estado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por un hecho del legislador. Esto con fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley, en el particular caso del régimen de responsabilidad por daño especial.

Sin embargo, la jurisprudencia es aún tímida y no parece tener un apoyo jurisprudencial unánime. Aparte de todo el debate que ha surgido en Colombia, como extrañamente se ha hecho en España, sobre si se puede deducir o no responsabilidad del legislador de las normas constitucionales que consagran la responsabilidad del Estado, creemos que la legislación y la jurisprudencia colombiana ya están preparadas para afrontar el último bastión de irresponsabilidad o arbitrariedad del soberano. La legislación y la jurisprudencia sobre la responsabilidad por error judicial²⁷

²⁷ Véase Molina Betancur, Carlos Mario, *Responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial*, Medellín, Universidad de Medellín, 2003.

y los grandes avances que se han hecho en materia de indemnización por actos terroristas,²⁸ no son sino unos aspectos que darían pie para sostener la tesis que avanza el Consejo de Estado en 1998 en materia de responsabilidad del Estado por acto legislativo.

Tenemos suficiente tradición constitucional en materia de indemnización en caso de guerra y en materia de expropiación o de ocupación de terrenos privados para avanzar ahora en cualquier terreno en donde el legislador haga daño. Es ya sabido que desde 1991 el Constituyente quiso proteger los derechos de las personas sin hacer excepción de autoridad alguna. Por ello, consideramos que tal vez la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1998 es tan sólo un anuncio de las cuentas de cobro que piensa pasarle la historia a nuestro “irresponsable” legislador.

²⁸ Véase Molina Betancur, Carlos Mario, *Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas*, Medellín, Universidad de Medellín, 2002.