



LA RESPONSABILIDAD DEL EJECUTIVO EN LA DECLARATORIA DE
INEXEQUIBILIADAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE
ESTADO DE CONMOCION INTERIOR.

LINA MARGARITA PLAZAS CASTRO
ANGELICA MARIA SANABRIA MEDINA
LUIS LEONARDO ROZO SALAMANCA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA.
MONOGRAFIA SOCIO - JURIDICA
FACULTAD DE DERECHO.
BOGOTA, D.C. SEPTIEMBRE DE 2010.



LA RESPONSABILIDAD DEL EJECUTIVO EN LA DECLARATORIA DE
INEXEQUIBILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE
ESTADO DE CONMOCION INTERIOR.

ASESORES:

ASESOR TEMÁTICO: MIGUEL ANGEL LEÓN HERNÁNDEZ
ASESOR METODOLÓGICO: CAMILO ERNESTO VILLEGAS RONDÓN

LINA MARGARITA PLAZAS CASTRO
ANGELICA MARIA SANABRIA MEDINA
LUIS LEONARDO ROZO SALAMANCA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTA, D.C. SEPTIEMBRE DE 2010.

*LINA MARGARITA PLAZAS CASTRO
ANGELICA MARIA SANABRIA MEDINA
LUIS LEONARDO ROZO SALAMANCA*

*LA RESPONSABILIDAD DEL EJECUTIVO EN LA DECLARATORIA DE
INEXEQUIBILIAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE ESTADO
DE CONMOCION INTERIOR.*

NOTAS DE ACEPTACION.

FIRMA JURADO

FIRMA JURADO.

AGRADECIMIENTOS

Saber agradecer es reconocer que somos producto de quienes han compartido sus sueños, vidas y conocimientos con nosotros. Por lo tanto, manifestamos nuestros agradecimientos al Dr. Miguel Ángel León, quien nos inspiró a crecer como seres humanos dotados de curiosidad, honestidad e inteligencia, a través de su paciencia, sabiduría e incalculable apoyo.

De igual manera agradecemos al Dr. Camilo Villegas Rondón por compartir con nosotros la importancia de la metodología de la investigación en la construcción de un proyecto.

A nuestros familiares y amigos quienes nos brindaron su amor, colaboración y ánimo para lograr nuestras anheladas metas.

Finalmente, damos gracias a Dios, por fortalecer nuestro espíritu, cuerpo y mente.

DEDICATORIA

A Dios

Esta monografía es parte de nuestro camino y comienzo de otros, por ello queremos dedicar este trabajo a Dios porque esto algún día sólo fue un sueño que hoy gracias a él se volvió realidad.

A nuestras Madres

Con todo el amor dedicamos este trabajo a nuestras amadas madres por su apoyo incondicional, por creer siempre que lo lograríamos!! Por habernos dado tanto, por qué lo que somos es gracias a ellas.

A nuestras Hermanas

Por creer en nosotros, por todo su cariño y comprensión, quienes nos impulsaron en todo momento.

A nuestro Maestro

Dr. Miguel Ángel León, por ser ejemplo de perseverancia, quien nos enseñó a esmerarnos: ¡porque las cosas hay que hacerlas, pero hacerlas bien!

A nuestros amigos y familiares

Por sus consejos, motivación, cariño y amor.

¡A aquellos que ya no nos acompañan, pero que siempre estarán en nuestros pensamientos!

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCION.....	8
1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA.	10
1.1 Descripción del Problema.	10
1.2 Formulación del Problema.	11
1.3 Justificación.	12
1.4 Objetivos.....	15
1.4.1 Objetivo General.....	15
1.4.2 Objetivos Específicos.	15
2 MARCO TEÓRICO.	16
CAPITULO I.	16
2.1 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL.	16
2.1.1 Antecedentes Históricos.	16
2.1.2 Antecedentes Jurisprudenciales.	17
CAPITULO II.....	29
2.2 REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.	29
2.2.1 Responsabilidad Contractual.	29
2.2.2 Responsabilidad Extracontractual.	31
2.2.3 Elementos de la Responsabilidad.	34
2.2.4 Imputabilidad de la Actuación u Omisión de la Administración.	36
2.2.5 Principio de Confianza Legítima.....	44
CAPITULO III	51
2.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA	51
2.3.1 Preliminares.....	51
2.3.2 Responsabilidad Subjetiva.....	52
2.3.3 Responsabilidad Objetiva.....	53
2.3.4 Evolución Jurisprudencial 1991	56
2.3.5 Determinación del Régimen Jurídico Propio de la Responsabilidad por el Hecho del Legislador.....	61

2.3.6	Distintos Fundamentos de la Responsabilidad del Estado Legislador Según el Derecho Comparado.....	63
2.3.7	Vulneración de Principio de Confianza Legítima	64
2.3.8	Responsabilidad del Estado por una Ley declarada inconstitucional.....	66
CAPITULO IV		71
2.4	ESTADOS DE EXCEPCION.....	71
2.4.1	Antecedentes Históricos.	75
2.4.2	Regulación de los Estados de Excepción en Colombia.....	77
2.4.3	Estados de Excepción a Partir de la Constitución Política de 1991.	81
2.4.4	Regulación Supranacional Acogida por Colombia Sobre los Estados de Excepción. 85	
2.4.5	Derechos Humanos Frente a los Controles y Garantías Internas de los Estados de Excepción.....	86
2.4.6	Limitaciones Posibles a los Derechos Humanos en los Estados de Excepción. 88	
2.4.7	Estados de Excepción Durante los Últimos Gobiernos.	88
3	MARCO JURIDICO	94
4	MARCO METODOLÓGICO	97
4.1	Tipo de Investigación.....	97
4.2	Métodos de Investigación.	99
4.3	Fuentes e Instrumentos de Recolección de Datos.....	101
4.4	Análisis de la Información.....	103
5	CONCLUSIONES.....	105
6	ALTERNATIVA DE SOLUCION.	115
6.1	IMPACTO DE LA ALTERNATIVA DE SOLUCION	121
BIBLIOGRAFIA.....		122
ANEXOS		127

INTRODUCCION.

El presente estudio tiene como objetivo principal analizar el desarrollo, alcance y aplicación del régimen de responsabilidad estatal, al constituirse este como uno de los elementos base sobre los cuales gravita el Estado Social de Derecho, limitando su estudio a las consecuencias cuya génesis se derivaba de la declaratoria de los Estados de excepción de conmoción interior.

La monografía comprenderá cuatro capítulos, abordando en el primer capítulo el régimen de responsabilidad estatal, que incluirá antecedentes históricos como la Teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado iniciando con la óptica teocrática de las monarquías absolutistas, continuando con el análisis de antecedentes jurisprudenciales franceses, españoles y Colombianos que desplazaron paulatinamente las premisas que habían servido de cimiento de la irresponsabilidad y dieron origen al establecimiento progresivo de la responsabilidad estatal.

Seguidamente, se revisarán las clases y elementos estructurales de la responsabilidad, que se derivan de las actuaciones del Estado; concretamente el desarrollo frente a la falla por el hecho legislador, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad por inconstitucionalidad de los decretos de Estados de excepción de conmoción interior, que a la postre pueda hacer negativo el principio de confianza legítima (Corte Constitucional Sentencia T-472 de 2009 magistrado ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio).

Se desarrollará en el segundo capítulo el carácter subjetivo y objetivo de la responsabilidad y la prevalencia del principio de igualdad de los administrados frente a las cargas públicas.

En el tercer capítulo encontraremos el estudio sobre los Estados de excepción, su origen histórico, aplicabilidad en las sociedades antiguas y modernas, controles jurisdiccionales a la figura, llevando a cabo la línea jurisprudencial en el último periodo presidencial Constitucional.

Como capítulo final y en consecuencia de los anteriores: se presentará una propuesta concreta, lógica y socio-jurídica que conlleve al cuestionamiento si efectivamente la responsabilidad del Estado Legislador por el hecho dañoso de la Ley ante la declaratoria de inexecutable por inconstitucionalidad de los decretos de Estado de Comoción interior, encaja en la práctica dentro del postulado Constitucional del artículo 90, o si por el contrario las altas Cortes en especial, la Corte Constitucional como guardiana de la Carta Política en uso de su competencia emite sentencias meramente declarativas, sin consecuencias jurídicas y/o políticas a los actores de los decretos legislativos, dejando entonces el retroceso en torno a la irresponsabilidad de los agentes de Estado en el caso particular del Presidente y sus Ministros como integrantes de Poder Ejecutivo.

Para el cumplimiento del propósito se realizará una investigación documental, utilizando como instrumentos la doctrina, la jurisprudencia nacional e internacional, lo cual nos permitirá obtener información cualitativa, como también descriptiva, explicativa y prospectiva, porque, describirá una serie de hechos, para lograr alcanzar cada uno de los objetivos específicos y así mismo, los hechos u observaciones serán analizados para encontrar las razones o causas que fundamenten la argumentación de la presente monografía.

1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA.

1.1 Descripción del Problema.

El derecho público interno carece de una teoría de responsabilidad del Estado de Excepción en cuanto a consecuencias concretas por la aplicación indebida y abusiva de la figura, no en cuanto a los derechos humanos, ampliamente desarrollado por la comunidad internacional, si no tratándose de la responsabilidad política de los funcionarios, ante la declaratoria de no ser conforme al Estatuto Superior, en la medida en que la doctrina y los juristas consideran el problema más como una cuestión fáctica que como un genuino problema jurídico, la legitimidad de tal teoría es negada por aquellos autores que afirman que el Estado de necesidad, en el que se funda precisamente la excepción no puede revestir forma jurídica; pero es que además, la propia definición jurídica del término se hace difícil por su situación en el límite entre la política y el derecho, de hecho, el Estado de excepción constituye un punto de desequilibrio entre el derecho público y el hecho político (Saint, Bonnet, 2001).

El ordenamiento Constitucional vigente contempla causales para presentar acusación contra el Presidente de la República, en caso de la utilización indebida de la figura de Estado de excepción, sin embargo, la historia Patria demuestra la no aplicabilidad del principio de responsabilidad ante la declaratoria de inconstitucionalidad de los decretos de Estado de excepción, lo que ha favorecido conductas presidenciales proclives a los excesos políticos y la arbitrariedad.

Atendiendo a esta situación, el problema se centra en la responsabilidad del Presidente de la República, en el marco de la declaratoria de inconstitucionalidad de los decretos de Estado Excepción, no sólo en el plano político sino también en los ámbitos penal y Constitucional, porque siendo el Presidente la máxima autoridad como Jefe de Estado y de Gobierno, y quien

posee una amplia gama de atribuciones, es preocupante que además de carecer de toda responsabilidad política, se continúe en un marco de impunidad a sabiendas de la falta de iniciativa y/o desconocimiento de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes de iniciar de oficio la investigación al Presidente por sus acciones u omisiones.

1.2 Formulación del Problema.

No puede ser el Ejecutivo ajeno a las consecuencias que en un actuar, que si bien se encuentra amparado por la Ley, también lo es que debe corresponder a los principios y postulados Constitucionales, la declaratoria de inexecutable por inconstitucionalidad de los decretos de conmoción interior, constituye un hecho dañoso que se enmarca dentro de la teoría de la responsabilidad por “falta en la función legislativa”, No cabe duda, que los decretos legislativos por medio de los cuales se declara los Estados de excepción, tienen fuerza de Ley, toda vez que produce efectos jurídicos, y ocasionalmente estos causan daños, siendo responsable el Ejecutivo pues es de su competencia Constitucional el declararlos y que si bien tiene la facultad extraordinaria para tomar medidas como legislador, también lo es que bajo los principios enumerados en el artículo 90 y 214 son responsables cuando estos decretos no se enmarquen dentro de los principios materiales como formales, retrocediendo históricamente para poner en práctica la teoría de las dos espadas que tiempo atrás quedo proscrita, situación que no se compece con el Estado Social de Derecho.

La falta de aplicación de mecanismos efectivos tendientes a determinar la responsabilidad del Presidente lo hace indefectible, situación que desde tiempo atrás no ha generado estudios de la irresponsabilidad del Estado y en consecuencia favorece la extralimitación en el ejercicio del poder.

De las anteriores premisas surge el interrogante ¿Puede el Estado Social de Derecho coexistir con la irresponsabilidad política de sus mandatarios frente a la declaratoria de inexecutable por inconstitucionalidad de los decretos legislativos de Estado de conmoción interior?

1.3 Justificación.

Con la vigencia de la Constitución de 1991, se produjeron cambios fundamentales en la estructura política y administrativa del Estado, el cambio más significativo está en la concepción del Estado Colombiano; al establecer la organización política con carácter de “Estado Social de Derecho” (Sentencia C-479 de 1992 M.P. José Gregorio H. Hernández)¹. Lo que conlleva un carácter garantista que no puede ser ajeno a la responsabilidad por los daños que por sus actos u omisiones produzca el Estado, sin importar de qué rama del poder público provengan.

La concepción de Estado Social de Derecho no se limita sólo a asegurar la vida, la propiedad y la libertad, sino que trasciende a la protección de los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de sus funcionarios. Sus fines tienen mayor alcance que los perseguidos por el Estado Gendarme; ya que este tiene mayor alcance e incluye, entre otros, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Esta clase de Estado consolida la relación Estado-sociedad y a consecuencia de esto surge la responsabilidad estatal como medida de garantía frente a los derechos de la colectividad; contrario a lo anterior, existen referentes en donde se observa, como a través de la historia la

¹La declaración expresa formulada por la nueva Constitución Política (artículo 1º) en el sentido de que Colombia es un Estado Social de Derecho, corresponde a una definición ontológica del Estado, que alude a un elemento esencial de su estructura. Se trata de un concepto que, sin desconocer los postulados sobre los que se sostiene el Estado de Derecho, subraya el fundamento que el interés común confiere a la actividad del Estado y a la responsabilidad de las autoridades públicas, llamadas a intervenir, dentro de los marcos Constitucionales, para asegurar a los gobernados unas condiciones mínimas de convivencia, las cuales no son dádiva o merced que dispense el gobernante, sino verdadero derecho tutelado por la Carta Fundamental.

responsabilidad del Estado era inexistente en la época antigua, en donde el absolutismo del Rey conducía a una irresponsabilidad frente a los perjuicios que causara a las personas en razón de su actividad ya que su poder emanaba de Dios².

Las sociedades son dialécticas y por ende su legislación debe corresponder al momento histórico actual; es así como tratándose de la responsabilidad del Estado, este pasa por esferas de irresponsabilidad al momento en que serán, no solo los particulares, sino sus agentes los que deben responder ante los perjuicios que se ocasionen a los individuos, así vemos como primer antecedente, que las tendencias sociales durante la edad media se enmarcaron por el régimen absolutista, en el cual imperaba la Ley del Rey absoluto, no existía control sobre la Ley porque la soberanía recaía en la figura personal del monarca y la Ley por consiguiente no era expresión del soberano, las decisiones del Rey eran legítimas y supremas, por el solo hecho de provenir de Él, su supremacía le era dada por un orden trascendente y por ende no podía existir un control que pusiera en tela de juicio cualquier decisión alguna del Rey; El principio de legalidad era absolutamente inexistente.

Posteriormente con la revolución francesa y las ideas liberales de Hobbes³ y Locke nace el Estado de Derecho, en donde se refleja el interés de los pueblos de restringir el poder arbitrario del monarca e impulsar una Ley suprema⁴ que garantizará un gobierno limitado, esta idea de proteger los derechos individuales contra el abuso del poder tiene su fundamento en la visión contractual de la sociedad, tratada por teóricos como Montesquieu, Hobbes y Rousseau, de quienes emerge que el contrato social da apertura a las discusiones sobre las relaciones de poder, y la enajenación del mismo.

²Teoría de las dos espadas; la iglesia sostenía dos poderes, el espiritual en cabeza del Papá y el poder Temporal delegado por este al emperador, dos poderes dependientes directamente de Dios. Diccionario de Política: editorial siglo XXI editores, México 2005 Pág. 857.

³Hobbes, fue el primer exponente que hablo sobre dejar de apreciar al Estado mediante explicaciones desde el ámbito teológico, y concibió a la población como un elemento, que en un primer momento tiene la posibilidad de determinar e imponer al gobernante que dirige la Nación, una serie de normas generales a las cuales debe someterse.

⁴Constituciones de los Países.

El Estado pasa de la irresponsabilidad a la responsabilidad, desde el Estado absolutista, Francia desempeñó un papel fundamental en la extensión de la responsabilidad del Estado frente al conglomerado, con el Fallo Blanco (1984, p. 5)⁵, el cual arrojó las bases para consagrar un régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos; Fallo que admitió por primera vez la responsabilidad directa del Estado.

La responsabilidad Estatal fue superando el ámbito administrativo y reconoció paulatinamente que en otras actuaciones del Estado podía asistirle responsabilidad, por lo tanto, se conoce desde mediados del Siglo XX que algunos doctrinantes comenzaron a desarrollar la teoría del “Estado Legislador”, teoría planteada y materializada como Principio Constitucional bajo el Artículo 90 de la Constitución Política.

En desarrollo del artículo ya mencionado se colige la responsabilidad específica y concreta del Ejecutivo, por sus actuaciones en cuanto a declarar los Estados de excepción, sin haber ocurrido las circunstancias fácticas y/o jurídicas; requisitos que de omitirse dan lugar a la responsabilidad por falla en el servicio legislativo.

En aras de establecer la responsabilidad política que compromete al Ejecutivo en la falla legislativa, la Constitución consagra mecanismos que permiten indagar sobre ésta, pero cuando los instrumentos creados para ese efecto son inoperantes, resulta un desinterés colectivo en el ejercicio real del control político, el hecho que la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no haya mostrado históricamente resultados (El caleidoscopio de las justicias en Colombia Pág. 359)⁶, la circunstancia que las mociones de

⁵Fallo Blanco, Tribunal de Conflictos, 1 de Febrero de 1873, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Se reconoce por primera vez el hecho de que la Administración es responsable tanto de sus actos como de los hechos a ella atribuibles. Esta providencia revalúa el concepto de la irresponsabilidad estatal, aunque no consagra la responsabilidad de una manera absoluta y general; para determinarla se concibe una jurisdicción especial para que mediante unos procedimientos propios se diriman los posibles conflictos que surjan entre el Estado y cualquier particular.

⁶ Entre los años de 1991 – 1996, la corte Constitucional revisó 98 declaratorias de Estados de Excepción de los cuales 62 fueron declarados Constitucionales y 34 inconstitucionales, sin que a la fecha se haya determinado la responsabilidad en la falla legislativa por parte del Ejecutivo.

censura contra los Ministros no hayan generado consecuencias o la sensación que la declaración de inexecuibilidad de los decretos de Estados de excepción por inconstitucionalidad son meramente declaraciones que no generan ninguna responsabilidad por parte de los funcionarios que los expedieron, han creado una desconfianza en la sociedad civil frente a las instituciones del Estado.

1.4 Objetivos.

1.4.1 Objetivo General.

Determinar el alcance y la falta de conocimiento de la declaratoria por inconstitucionalidad de los Decretos de Estado de Conmoción Interior en cuanto a la responsabilidad del Ejecutivo en un Estado Social de Derecho.

1.4.2 Objetivos Específicos.

Efectuar un estudio crítico del contexto histórico en que se han dictado los Estados de excepción en Colombia realizando un paralelo entre la Constitución de 1886 y 1991.

Analizar las razones sobre la falta de determinación de la responsabilidad del Ejecutivo en la expedición de los decretos de Conmoción Interior.

Proponer una alternativa de solución socio-jurídica dentro del espacio académico que genere interés y participación de la comunidad estudiantil dentro de la vida política colombiana.

2 MARCO TEÓRICO.

CAPITULO I.

2.1 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL.

2.1.1 *Antecedentes Históricos.*

2.1.1.1 *Teoría de la Irresponsabilidad.*

Cabanellas, define la responsabilidad en sentido genérico como “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo y en ocasiones por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño causado” (1979, p. 45). Pero la inserción de este concepto en los Estados sólo se dio en 1873 en Francia, ya que inicialmente la tesis de la irresponsabilidad era predominante durante los regímenes absolutistas, con el principio exonerativo de responsabilidad “The King can do not Wrong”⁷, donde las decisiones del rey eran indebatibles y no podía reclamarse compensación alguna pese a que existiera un daño.

Uno de los contextos de la irresponsabilidad del Estado, surge del aspecto teocrático que pregona que el poder del rey provenía de Dios y sólo ante este debía responder, pues Dios no se equivoca, además de sostener la posición que la soberanía era incompatible con la responsabilidad, al recaer esta en el rey, encubriendo sus desmanes bajo el argumento que el hombre está al servicio del Estado y no esté al servicio de aquel.

⁷ Los súbditos estaban obligados a soportar los daños ocasionados por el rey, sin que se concibiera que tales daños debieran ser reparados.

Esta situación no se alteró con el tránsito del Estado absolutista al Estado liberal, fundamentado en el pensamiento “Dejar Hacer” “Dejar Pasar”, las funciones del Estado eran limitadas, y esa falta de intervención llevaba necesariamente a la irresponsabilidad del Estado, por cuanto sino no actuaba, no podía causar daños, (Suarez, 1993, p. 136).

Una vez atenuados los ideales del Estado liberal e incrementadas las desigualdades sociales, el Estado se transformó en intervencionista y comenzó de esta forma a ampliar sus actividades, y por lo tanto aumentó las posibilidades de causar daño a los particulares. En este momento empezó a tomar fuerza la tesis que el Estado debe responder por los daños que cause.

Sobre el punto comenta Suárez Hernández:

Es con el advenimiento del intervencionismo estatal que se viene a sentar las primeras bases para hacer al Estado responsable de los daños que ocasionara con su actuación, cuando sus dependencias se encargarán de los servicios públicos, con el tiempo se admitió la responsabilidad plena y en todas las funciones del Estado ejecutiva, legislativa y judicial, su desarrollo inicio jurisprudencialmente, por ello resulta importante reseñar su evolución en Francia y España, países que influenciaron el devenir de este tópico en Colombia.

2.1.2 Antecedentes Jurisprudenciales.

2.1.2.1 Francia.

Suárez Hernández (1993, p. 140), afirma que Francia constituye un importante antecedente en la evolución de la responsabilidad del Estado, ya que se apartó de los principios civiles del Código Napoleón, para su reconocimiento, comenzando a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público

El fallo blanco⁸ proferido por el Tribunal de Conflictos del 8 de febrero de 1873, significó la ruptura del concepto de responsabilidad del Estado con los principios del derecho civil, a consecuencia se concibió una jurisdicción especial para que mediante procedimientos propios dirimiera las posibles controversias entre particulares y el Estado. Se reconoce por primera vez el hecho de que la administración es responsable de sus actos; hecho que se resume en el texto del fallo (Ramos, 1994, p. 15), así:

“Considerando que la acción intentada por el Señor Blanco, contra el perfecto del Departamento de Gironde, representante del Estado, tiene por objeto declarar civilmente responsable, por la aplicación de los artículos 1382, 1383, y 1384 del código civil, por los daños causados por las heridas provocadas a su hija por los hechos causados por los obreros empleados por la administración de tabacos.

Considerando que la responsabilidad que le incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que se emplean en el servicio público no puede regirse por los principios determinados en el código civil, para las relaciones de particular a particular.

Que esta responsabilidad no es general ni absoluta; que esta responsabilidad tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

Que por lo tanto, en los términos de las Leyes citadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer”

Si bien con el fallo blanco la responsabilidad del Estado se fundó en reglas propias y especiales del derecho administrativo, también lo es, que en el reconocimiento de la misma

⁸En este caso por causa de un accidente de tránsito, el Estado fue demandado ante los Jueces civiles para que indemnizaran los perjuicios sufridos a la familia Blanco en razón de las heridas sufridas por la niña Inés Blanco, quien fue atropellada por el vehículo perteneciente a una fábrica de tabaco del Estado. El perfecto del departamento de Gironde planteó el conflicto de competencias y por este motivo intervino el Tribunal de Conflictos.

se consideró que la génesis estaba bajo el concepto de la culpa y de manera indirecta, por ello su reconocimiento estatal no fue total; Sin embargo abrió la brecha a la teorización de la responsabilidad por falla o Falta del servicio⁹.

Importantes doctrinantes y autores como García Enterría, Fernández Tomas Ramón, afirman que el reconocimiento por parte de Francia de la necesidad de un régimen jurídico especial para regular los asuntos propios de la administración del Estado, dio lugar a la aparición de reglas, normas y principios propios para regular la actividad de Estado.

Aporte que edificó en el tiempo la existencia del derecho administrativo como rama especializada, destacando principios propios como el de legalidad, el de la falta o falla en el servicio, como sustento de las actuaciones del Estado y de su responsabilidad en el desarrollo de las mismas.

Concepciones adoptadas en Colombia y varios países en diferente medida, que a partir de la misma filosofía fueron reconociendo y aplicando ese nuevo derecho.

Así la responsabilidad fue permeando otras actuaciones del Estado y lo que fue la excepción ahora se constituía como la norma general. Tal y como lo expone el argentino Florentino Valerio (1986, p. 5-6), en Responsabilidad del Estado por Errores Judiciales:

“Diversos fallos judiciales se han ocupado del tema abriendo poco a poco la puerta a la admisión de la teoría de la responsabilidad del Estado se trata de una evolución muy paulatina que fue reconociendo gradualmente y a través de los años una cada vez más amplia responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios y empleados”.

⁹ Falla en el servicio se entendía que el mismo era el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, es decir como toda actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituyen la función administrativa.

Entre otros fallos jurisprudenciales de corte francés destacados encontramos el fallo Cadot¹⁰, el cual puso fin a la limitación de competencia, ya que el Consejo de Estado actuaba siempre como juez de apelación, de manera que los demandante siempre debían dirigir su petición, en primer lugar, al Ministro, quien era entonces el Juez Ordinario en materia administrativa, salvo texto legal expreso su competencia sólo había sido reconocida de manera especial, el fallo expresa que no obstante la Ley le reconocía ese carácter sólo para resolver algunos asuntos específicos, él era el juez común en materia de controversias de la administración, es decir, que su competencia era general, allí el Consejo de Estado se autoconfirió la competencia general en materia de litigios de la Administración y demostró definitivamente el poder jurídico que había adquirido a través del tiempo. Ese fue el fin de la llamada teoría del Ministro-Juez. (Long, 2000, p. 54).

2.1.2.2 España.

Se observa en el derecho español un particular atraso en el reconocimiento del principio de responsabilidad del Estado, lo que se explica con la situación histórica imperante orientada a terminar los “Últimos vestigios del imperio Colonial” (García Enterría, p. 331), aunado a ello, la tendencia jurisprudencial de emitir sus decisiones con base al estricto tenor literal de la Ley.

Si bien a lo largo del siglo XIX existieron textos legales que reconocían la responsabilidad del Estado, debe afirmarse que se trataba de textos totalmente aislados y de los cuales se deducía la existencia de responsabilidad únicamente porque así lo expresaba la Ley.

¹⁰ El ingeniero director de caminos y acueductos Cadot le reclamó al municipio de Marsella el pago de daños y perjuicios por haberle suprimido su empleo: La ciudad rehusó aceptar la reclamación y Cadot presentó demanda ante los tribunales ordinarios, los que se declararon incompetentes estimando que la relación que lo vinculaba a Marsella no tenía carácter de contrato civil de arrendamiento de servicios. Ante la negativa, Cadot se dirigió al consejo de prefectura, que a su vez se declaró incompetente por cuanto la demanda no se fundaba en la ruptura de un contrato de ejecución de obras públicas. En su tercer intento el peticionario recurrió al Ministro del Interior, pero este respondió que si el Consejo Municipal de Marsella no había acogido su demanda de indemnización, el titular de la cartera ministerial no podía resolver la solicitud por sí mismo. Fue entonces cuando Cadot sometió su demanda al Consejo de Estado.

Este régimen de responsabilidad se explica en virtud del Código Civil de 1889, cuyo artículo 1903 disponía que el Estado era responsable solamente cuando obraba por mediación un agente especial, pero no cuando el daño había sido causado por el funcionario a quien propiamente correspondía la gestión practicada, pues en este caso el responsable era el funcionario y no existía la posibilidad de dirigirse contra el Estado.

La anterior distinción aunada a la imposibilidad practicada de localizar al agente especial, hizo que la irresponsabilidad siguiera imperando y que de suyo las actuaciones irregulares del Estado que conllevaba un perjuicio al particular se mantuvieran impunes.

España tuvo que esperar a que el régimen local de 1950¹¹ se extendiera a los entes locales. Hasta dicha fecha, la responsabilidad de la Administración se regía por lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903¹² del Capítulo II del Libro IV del Código Civil de 1889 bajo la rúbrica de las Obligaciones que nacen de la culpa extracontractual, lo que en la práctica colocaba a la Administración en una situación de total irresponsabilidad, no así a los funcionarios

Es con la Ley de expropiación del 16 de diciembre, promulgada en 1954 que construye un verdadero sistema de responsabilidad patrimonial extensible a todas las Administraciones Públicas (incluidos los entes locales y la Administración institucional y finalmente consagra una cláusula general de responsabilidad del Estado como se infiere del artículo 121):

“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella se a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

¹¹ la Ley de régimen local de 1950 pionera en el establecimiento de una responsabilidad extracontractual (directa o subsidiaria según los casos) de las entidades locales por los daños que pudieran ocasionar sus órganos de gobierno, funcionarios o agentes, aunque dicha Ley quedó circunscrita al ámbito local.

¹² El artículo 1903 Establecía: El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.

públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de los funcionarios con tal motivo”

El inconveniente legal consistía en la limitación hecha a los bienes y derechos a que la Ley misma se refería, la cual fue superada por el reglamento de la Ley que declaró que “dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente”. Para que finalmente se acordara que la cláusula general fuera del siguiente tenor:

“Los particulares tendrán derechos a ser indemnizados por el Estado en toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

La constitución Española de 1978 elevó a rango Constitucional el principio de la responsabilidad del Estado consagrándolo de la siguiente forma:

“Los particulares en los términos establecidos en la Ley, tendrán derechos a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”

Ahora bien, analizando los textos anteriores, se observa que la responsabilidad estatal elevada a rango Constitucionales directa y presenta una variable transcendental con relación a lo establecido en el derecho francés, dado que es de tinte objetiva. Así lo expreso claramente el auto de 10 de febrero de 1972 que recogiendo los textos legales afirmo: “La administración responde por cada lesión que los particulares sufran por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos al margen de cuál sea el grado de voluntariedad o de previsión del agente”.

Luego entonces, dentro del marco del derecho español debe indemnizarse no sólo los daños causados como consecuencia de una actividad culpable, sino que además, debe resarcirse los perjuicios que se causen con prescindencia de la noción de culpa.

Connotación jurídica que tomó mayor auge y prevalencia en el derecho español gracias al aporte de García de Enterría (p. 65), quien recurre en materia de responsabilidad del Estado a la noción de lesión de resarcible, según la cual el “detrimento patrimonial será antijurídico, no ya por que la conducta del autor sea contraria a derecho, sino simplemente porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo”. Concepto de trascendental importancia para nuestro ordenamiento jurídico vigente a partir de la constitución de 1991 como se tratara en el devenir de estas líneas.

2.1.2.3 Colombia.

La primera mitad del siglo el Estado Colombiano se consideró irresponsable, estimándose que dada la Soberanía del mismo para dictar las Leyes, no debía someterse a ellas, considerándose entonces como el creador del ordenamiento legal, no existía para que dicho Estado se hiciera responsable por los daños causados con ocasión de su actividad. Colombia seguía las mismas pautas del derecho comparado.

Posteriormente la jurisprudencia empezó a vislumbrar mandatos implícitos para reparar perjuicios causados por el incumplimiento de fines para los que estaban estatuidas las autoridades de la República con base en los Artículos 16, 20,51 de la Constitución de 1886.

No obstante la aplicabilidad de la responsabilidad del Estado en Colombia tuvo diferentes etapas a considerar así:

2.1.2.3.1 Primera Etapa siglo XIX hasta 1964.

Para comenzar se identifica un periodo comprendido entre la segunda mitad del siglo XIX y el año de 1964 dentro del cual la competencia para conocer de las demandas contra el Estado por responsabilidad estaba atribuída a la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Civil y de Negocios Generales en virtud de la cláusula de competencia sustentada en el Artículo 151 del Estatuto Supremo de 1886, según el cual era esta “ la llamada a dirimir los negocios contenciosos en que fuera parte la Nación.

Al Consejo de Estado le correspondía una competencia de excepción en virtud de la Ley 130 de 1913, pues conocía de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la declaratoria de nulidad, y a partir de la Ley 38 de 1918, asumió la competencia para dirimir las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causadas por ordenes administrativas.

Inicialmente, para fundamentar la responsabilidad del Estado por los daños que podía causar, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia recurrió a las normas que regían en la materia para los particulares y por lo tanto era evidente la aplicación de los principios de carácter civil como cimiento de la responsabilidad del Estado como lo sustenta el Jurista Colombiano Jairo Ramos Acevedo.

‘Superada la etapa de la irresponsabilidad del Estado, la Corte Suprema de Justicia aplicó inicialmente a los problemas de la responsabilidad las normas de código civil sobre la responsabilidad por el hecho ajeno esas normas fueron, a título principal, los artículos 2347, 2349 como es bien sabido este tipo de responsabilidad tiene como base las nociones de “culpa in eligendo” y “culpa in vigilando” pues se considera que el daño se produce como consecuencia de una errada elección o de que no se empleo la debida vigilancia’

Con el transcurso de tiempo, se dio paso a la idea que el Estado debe hacerse responsable y es así como en el año 1864, según lo anota Juan Carlos Henao, se produjo fallo declarando la responsabilidad del Tesoro Nacional por la expropiación de una casa que tuvo que ser

ocupada por el ejército federal y que finalmente resulto destruida como consecuencia de un incendio de un parque de artillería.

Con este fallo se vislumbró la posibilidad de obtener una indemnización por fuera de lo dispuesto expresamente por la Ley, sin embargo estos pronunciamientos fueron excepcionales.

La Corte Suprema de Justicia sólo consideraba que el Estado debía responder cuando así lo consagrara específicamente alguna norma jurídica, se proseguía con la regla general era la irresponsabilidad del Estado y la excepción era la responsabilidad por mandato expreso (Henaó, 1996, p. 89).

El autor al caracterizar esta época manifiesta “la responsabilidad del Estado nace siendo una responsabilidad de naturaleza objetiva así dispuesta por el legislador”

El sistema de responsabilidad indirecta entró en crisis como consecuencia de su incapacidad para resolver todas las actuaciones que la realidad ofrecía, lo que inspiró a la jurisprudencia nacional a replantear el tema incorporando la teoría francesa sobre falla del servicio, La Corte Suprema como el Consejo de Estado lo adoptaron sin abandonar del todo la teoría de la responsabilidad indirecta

El Consejo de Estado, desde 1960 se pronuncio sobre el particular, mediante fallo de noviembre 02 “Cuando la administración traspasa los linderos de la legalidad con lesión de hechos particulares o cuando por faltas del servicio acarrea daños a las personas, se establece una típica relación de derecho público que engendra una responsabilidad de derecho público, (Ramos Acevedo, 1994, p. 41-42).

2.1.2.3.2 Segunda Etapa 1964- 1991.

A partir de 1964, se estableció con el decreto 528 de 1964¹³, una clara atribución de competencias a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa, que comienza a forjar el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado. Para ese entonces la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado excepcionalmente ya mostraba una clara intención para fundamentar la obligación que le asiste al Estado para reparar, sustentada en normas de derecho público, apartándose de criterios civiles, lo que de contera conlleva a la autonomía de las normas de carácter público, sin apego a ninguna otra normatividad, sobre este punto afirma Bustamante Ledesma (1998, p. 280).

En 1943 empieza el Consejo de Estado el perfeccionamiento de esa doctrina y en mediante sentencia del 29 de julio con ponencia del Dr., Gustavo Valbuena, hace su primer pronunciamiento dentro del ámbito demarcado por la Ley 167 de 1941. sin necesidad de acudir a las normas contenidas en el C. Civil para regular las relaciones entre los particulares (..) el Consejo de Estado examino el fenómeno de la responsabilidad extracontractual del Estado y encontró en el derecho público el fundamento esencial e incuestionable para afirmar la procedencia de las acciones indemnizatorias por falta o falla en el servicio 1947.

Así lo demuestran dos sentencias de la Corporación, que incluso fueron proferidas con fecha anterior a la expedición del Decreto 528, 30 de Septiembre de 1960 y del 02 de noviembre del mismo año. En ellas es cada vez más evidente las diferencias entre la responsabilidad de la administración y la concerniente a los particulares. En la primera sentencia se afirma que:

“La responsabilidad del Estado no puede ser estudiada y decidida con base en normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual , sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo , en vista de las diferencias sustanciales existente este y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos los

¹³ Decreto 528 de 1964 Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones

finés perseguidos y el plano en el que se encuentran colocados” Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera Sentencia Del 13 De Septiembre De 1960.

El Consejo de Estado intentaba fundamentar la Responsabilidad del Estado en el Artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886 que explícitamente se refería a los deberes del Estado con relación a la protección de los derechos de los particulares. Así la noción de falta de servicio y la cimentación del deber del Estado de indemnizar en la Constitución, fue ampliándose cada vez más.

De esta forma se estructuró el sistema de Responsabilidad Estatal fundado en la falla en el servicio. Así en 1972 al absolver una consulta sobre una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la Sección Tercera enumeró los presupuestos por falla en el servicio, a saber:

- Existencia del hecho
- Daño a perjuicio sufrido por el autor
- Relación de causalidad entre el hecho y el daño

En sentencia ulterior, del mismo año, la sección tercera, al pronunciarse en lo tocante a estos presupuestos, explico su implicación esencial

Todo ello quiere decir que la culpabilidad del agente es independiente de la responsabilidad de la administración, ya que no se trata de juzgarlo a él sino al servicio propiamente dicho a la persona afectada no le concierne el desempeño del funcionario como conducta personal, sino especialmente, el resultado anormal del servicio que es, precisamente, lo que en este caso se trata de dilucidar. Consejo de Estado- Sección Tercera sentencia 15 de junio de 1972 ponente Dr. Oswaldo Abelló.

Constituida entonces la falla del servicio como el régimen general de responsabilidad del Estado, es numerosa reiterada la jurisprudencia que acude a esta teoría, cabe destacar la sentencia que data del 28 de octubre de 1976 que ratifica que dicha responsabilidad encuentra respaldo jurídico en las normas de la Constitución Nacional de 1886 y en el código contencioso administrativo.

2.1.2.3.3 Tercera Etapa 1991.

A raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, varios cambios sustanciales ocurren frente a la responsabilidad del Estado, fundamentándose en el concepto de lesión del profesor Eduardo García Enterría y la introducción de la noción de daño Antijurídico como pilar de toda responsabilidad de la administración pública.

La Constitución no define como debe entenderse el daño antijurídico, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de definirlo “como un detrimento patrimonial que carece de título válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar un individuo” (Henaó, 1996, pg.771).

La incorporación de la noción del daño antijurídico trae profundos repercusiones dentro del derecho Constitucional y Administrativo; y es un fundamento claro para derivar la Responsabilidad del Estado Legislador como se verá más adelante.

CAPITULO II

2.2 REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

2.2.1 *Responsabilidad Contractual.*

La responsabilidad contractual estatal no es más que el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato suscrito por el Estado, lo que hace que sea sujeto de obligaciones y derechos; es así, como la responsabilidad contractual se constituye en el único mecanismo de defensa con que cuenta el particular y el mismo Estado en relación a sus derechos vulnerados o en amenaza y lograr que se reemplace la prestación o prestaciones que no efectuó el particular y/o Estado dentro del vínculo contractual, por el reconocimiento y pago de una indemnización que lo ubique en la situación patrimonial que habría tenido de haberse dado estricto cumplimiento al contrato¹⁴, (Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).

El tratamiento especial que el ordenamiento le reconoce al tema de la responsabilidad contractual del Estado proviene, de la existencia de un contrato que vincula al Estado entre sí o al Estado con los particulares cuyos principios y naturaleza jurídica se encargan de delimitar la institución, otorgándole una configuración especial dirigida a garantizar los intereses contractuales que se encuentran en juego. (Sentencia C-892 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).

¹⁴Sentencia C-892 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. La Corte Constitucional debe establecer si de conformidad con el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y de los principios que rigen la contratación pública, es posible establecer periodos de gracia a favor de las entidades estatales que incurran en mora.

De acuerdo a lo anterior, al hablar de responsabilidad contractual, la jurisprudencia resulta importante en la medida que admite aquellas garantías jurídicas reconocidas a los particulares que celebran contratos con la administración pública; cuyo objeto no es otro que mantener la correspondencia económica de la relación contractual, la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o daños antijurídicos que puedan sufrir por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte del Estado o viceversa.

Para ello, la contratación estatal a través de sus fundamentos normativos como la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y de la Ley 1150 de 2007 por la cual se introducen medidas para la eficacia y transparencia en la Ley 80 de 1993; consagran los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales como son: el principio de la autonomía de voluntad, dentro del cual la administración pública está en capacidad de contratar cada vez que sea necesario con el fin de satisfacer las necesidades de la comunidad; el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración un privilegio especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades cambiantes de la comunidad; el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante en el régimen de contratación es la igualdad real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual; y finalmente, el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos; situación que se infiere de la norma vigente sobre contratación estatal.

Igualmente, la responsabilidad contractual supone una obligación anterior y unas consecuencias de su acción tendientes a reparar los daños que así los cause, este postulado ha sido aportado por el autor chileno Arturo Alessandri, (1981, pág. 42) al indicar que la sanción siempre estará sujeta a una violación de las obligaciones contractuales establecidas entre las partes mediante un vínculo jurídico preexistente.

Para el autor Colombiano Gilberto Martínez Rave, (1988, p. 12), La Responsabilidad Contractual es aquella que “nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención”.

Así mismo, en atención a la prevalencia del interés general sobre el particular; postulando de rango Constitucional, el contrato estatal goza de algunas prebendas como las denominadas cláusulas excepcionales que facultan a las entidades estatales en general para incluir en sus contratos estipulaciones que le otorgan prerrogativas especiales frente a sus contratistas; haciendo prevalecer de esta manera la voluntad de la administración sobre la del contratista particular. Las cláusulas son: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y caducidad.

2.2.2 Responsabilidad Extracontractual.

Contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

El autor Colombiano Martínez Rave (1988, p.15), define la responsabilidad extracontractual como “La obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”; el autor no hace referencia alguna al hecho que las partes de la relación dañosa, pero en la misma obra consagra lo que se ha entendido por responsabilidad extracontractual como “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior”.

En el caso Colombiano una fuente obligada de Responsabilidad Extracontractual del Estado, lo contiene el artículo 90 de la Constitución de 1991, que establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El Constituyente Juan Carlos Esguerra, (2000), quien fuera el ponente sobre el tema en particular, señaló que existía la necesidad de consagrar en el texto Constitucional el reconocimiento expreso de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, a partir de este momento se comienza a hablar sobre el daño antijurídico y con esto se configura la llamada falla del servicio.

Lo que se propuso en materia de responsabilidad del Estado fue la incorporación de criterios tales como el desplazamiento del fundamento de la responsabilidad estatal por concepto subjetivo de la antijuricidad de la acción del Estado al concepto Objetivo de la antijuricidad del daño producido por él mismo, lo anterior ha de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en sociedad.

Complementando y acompañando el desarrollo normativo del citado artículo, se encuentran, el artículo 13, que consagra, el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, que como es sabido, se constituyen en aquellas que el particular no puede rehusar sólo por el hecho que es todo el conglomerado el que las soporta en condiciones iguales a las suyas.

Ahora bien, El Consejo de Estado apuntó a entender que el precepto Constitucional establecía un régimen objetivo de responsabilidad del Estado (Tendencia plasmada en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de Noviembre de 1991, Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.), sin embargo este concepto comenzó a tomar otro rumbo en el sentido que esta responsabilidad se configura en la medida en que existiría una falla en el servicio, para el año de 1993 esta tendencia había sido totalmente revaluada, ya que la influencia objetiva que le

había dado el artículo 90 de la CP al sistema de responsabilidad extracontractual seguía siendo subjetivo. (Consejo de Estado, sección Tercera, 13 de julio de 1993, Ponente: Juan de Dios Montes. Exp. No. 8163).

Lo anterior no implica que el artículo 90 de la CP, no haya aportado avances en esta materia, por el contrario a partir de la promulgación de la Constitución, la jurisprudencia de lo Contencioso administrativo introdujo conceptos sobre responsabilidad extracontractual, uno de los más importantes fue sin duda fundamentar la responsabilidad del Estado en el daño antijurídico, a este se le definió como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está obligado a soportar (Sentencia C-430 de 2000, expediente D-2585, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Esta aceptación ha permitido cambiar el punto de vista desde el cual se estudia y analiza la antijuricidad en un determinado caso, antes aquella se analizaba con respecto a la actuación de la administración, y ahora se observa desde la óptica del perjudicado y del deber de este de soportar jurídicamente un daño, en otras palabras para este punto se comienza a hablar sobre la teoría de las cargas públicas.

El concepto de daño antijurídico no tiene una definición Constitucional expresa, por lo cual es un concepto Constitucional parcial e indeterminado, cuyos alcances pueden ser enmarcados dentro de ciertos límites por el legislador, se erige como fundamento o pilar de toda la responsabilidad de la administración pública, apartándola del elemento subjetivo (culpa o dolo), y centrándolo en el daño.

En consecuencia no se pretende demostrar que la responsabilidad extracontractual haya pasado de subjetiva a objetiva, por el contrario lo que demuestra la Corte Constitucional es, al haber incluido el daño antijurídico a nuestro régimen este no conlleva una objetivación de la responsabilidad sino que se seguirán aplicando los diferentes regímenes ya sean objetivos o subjetivos según las circunstancias en que se presenten los hechos.

Se debe tener en consideración que los daños imputables al Estado pueden provenir de una conducta –activa u omisiva- lícita o ilícita y, a tales efectos la jurisprudencia aplica los títulos de imputación de responsabilidad que, de tiempo atrás, ha ido decantando: falla probada del servicio, riesgo excepcional y ocasionalmente daño especial, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación del nexo causal entre el daño y aquélla. Los cuales se analizar más adelante

2.2.3 Elementos de la Responsabilidad.

Para que pueda deducirse la responsabilidad del Estado deben concurrir los siguientes elementos:

2.2.3.1 Daño.

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración, Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. (Sentencia C-333/96 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz).

Para que se configure el daño este debe ser:

Cierto. Debe existir una lesión efectiva a un derecho, lo cual no significa que se contraponga al daño futuro, pues éste no se ha concretado pero se tiene la certeza de su existencia bajo el entendido que la causa que lo produce ya se ha originado.

Especial. El daño debe ser especial, debe circunscribirse a una víctima de manera particular, puesto que el que surge de una medida que afecte a la comunidad es una carga que los asociados deben soportar como sacrificio para la primacía del bien común y de la efectiva realización de los fines del Estado; se debe excluir la norma antijurídica e ilegal por entenderse que existe otra manera de impedir y reparar, cuando sea del caso, este tipo de actuaciones de la administración.

Imputabilidad de la actuación. Para admitir la Responsabilidad del Estado fue necesario evaluar la idea que la responsabilidad sólo podía provenir de un sujeto físico plenamente identificable, y se pasó a aceptar también la idea del ente abstracto que genera el daño .como el Estado, lo que se mira es la realización del daño y la relación de causalidad (responsabilidad objetiva), sin descartar que al momento de determinar la responsabilidad que por ese actuar le quepa al funcionario se estudie su dolo o culpa, fundamento de una posible acción de repetición (tendencia plenamente seguida en el derecho Colombiano).

Ilícito. Debe obedecer a una situación jurídica protegida. Es requisito esencial que el daño sea antijurídico, ya que la antijuridicidad se encuentra en el concepto de daño sin importar que éste tenga o no una causa lícita, tal y como lo dice el H. Consejo de Estado en sentencia del 12 de Noviembre de 1998, Expediente 13531, magistrado Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández:

"La sala en anteriores oportunidades con apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia española, ha dicho que el daño antijurídico equivale a la lesión producida a un interés legítimo, ya sea de orden patrimonial o extrapatrimonial, cuyo titular no está obligado jurídicamente a soportarlo; de esta manera, se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Lo anterior significa que la antijuridicidad del daño está incita en el concepto de daño independientemente de la licitud o ilicitud de su causa. Esto ha dado lugar a distinguir dos grandes regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado: uno subjetivo, en que se identifica

una causa ilícita del daño y, otro objetivo, en el cual importa que el perjuicio producido sea jurídicamente imputable al Estado y por regla general la causa es lícita. Los anteriores criterios han sido compartidos por la Corte Constitucional".

2.2.3.2 Nexo de Causalidad.

Si el daño es presupuesto esencial para que se pueda hablar de responsabilidad extracontractual del Estado, la relación de causalidad entre la acción lesiva de un sujeto y el padecido por otro es el elemento necesario para que esta se configure.

Para el tratadista ISIDORO GOLDEMBERG, el nexo causal es “el alcance entre un hecho antecedente y un vínculo material” (2001, p. 45) es decir, que nada puede existir o dejar de existir sin causa alguna, o en otros términos es todo efecto que es generado por una causa, en otras palabras, para que el daño sea indemnizable debe existir una relación entre el perjuicio y el incumplimiento de un deber jurídico a cargo de un sujeto, por lo tanto, el daño sólo es indemnizable en el caso del incumplimiento del deber jurídico genérico (responsabilidad civil extracontractual) o del deber jurídico concreto (responsabilidad civil contractual). Luego entonces el daño debe ser antijurídico, es decir, consecuencia de ese deber jurídico a cargo de un sujeto.

La importancia que esta relación sea directa radica en el hecho que al no existir, no puede predicarse una responsabilidad de la administración, se presenta en los casos de exoneración de responsabilidad de la administración dentro de los cuales encontramos, culpa de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito y fuerza mayor; sin perjuicio de la titularidad de la responsabilidad estatal, cuando ésta causo directamente parte del perjuicio.

2.2.4 Imputabilidad de la Actuación u Omisión de la Administración.

2.2.4.1 Títulos de Imputación

2.2.4.1.1 Falla en el Servicio.

La noción de falla del servicio nació en Francia como concepto opuesto al de la culpa personal del funcionario público, se pretendía explicar que la responsabilidad estatal no dependía de los mismos elementos que la civil, pues se debía la indemnización al particular por una falencia de la actuación estatal que se había presentado, sin importar si el empleado público causante era identificado o no. YOUNES MORENO afirma que “la falta o falla de la administración se produce como una irregularidad en la prestación del servicio”. (2005, p. 328).

En el sustento de esta teoría no importa si el funcionario fue identificado, puesto que la falla en el servicio puede llegar a configurarse en un conjunto de acciones u omisiones que el funcionario utilizó inadecuadamente, por lo tanto el Estado debe responder por los daños y perjuicios ocasionados por sus agentes.

La Corte fundamentó la responsabilidad extracontractual del Estado en la falla del servicio, donde lo indispensable como ya se había expuesto es la falla de la administración como tal y no la culpa personal del agente, la cual pasó a un segundo nivel, dado que es el Estado quien está llamado a reparar los daños que se causen, en cuanto al particular el Doctor Ricardo Hoyos Duque (2000, p. 22), argumenta:

“Es deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos, y si como consecuencia bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento, o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados”.

2.2.4.1.2 *Falla Legislativa.*

Aceptada la teoría que señala al Estado como responsable de los daños que ha causado con ocasión al ejercicio u omisión de sus funciones a través de sus agentes, surgen controversias en relación a la demarcación de las actuaciones de la Administración Pública y por las cuales se debe indemnizar a los perjudicados, por ello, la responsabilidad extracontractual administrativa, legislativa y judicial como clasificación en la actuación del Estado identifican plenamente el radio de acción estatal y el daño ocasionado a la colectividad que confía de buena fe en las decisiones tomadas por este.

Dentro de esta clasificación, se encuentra la falla legislativa como consecuencia de la acción dolosa o/y dañina del Estado dentro de la actuación del legislador; aun así, la responsabilidad del Estado legislador presenta sinnúmero de dificultades dentro de su contextualización.

Por tanto, los fundamentos para justificar este tipo de responsabilidad estatal dentro del aspecto mencionado son; entre otros: el establecer la Ley legislativa como la manifestación más alta de la soberanía del Estado; aquí se consideró entonces que el legislador a diferencia del juez y del Ejecutivo no estaban sujetos a la Ley (Bielsa, 1966, P. 23), y se ha llegado a afirmar que la Ley “ocasiona prejuicios y era expresión de la voluntad general, por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño” (Marienhoff, 1977, p. 600).

Tampoco la Ley puede desconocer derechos existentes en la medida que los mismos serán inexistentes cuando una nueva Ley así lo disponga. De acuerdo al autor Rafael Bielsa “el legislador puede crear nuevos derechos o desconocer los existentes, fundándose en razones de interés general. Sin embargo el legislador no puede alterar derechos Constitucionalmente garantizados” (Bielsa, 1966, p. 32).

En este mismo sentido, el jurista alemán Rudolf Von Ihering en su obra “La lucha por el Derecho” afirmó “el legislador no podía nunca cometer arbitrariedades en sentido jurídico debido a que sustentar lo contrario, sería afirmar que no tiene el derecho de cambiar las Leyes preexistentes”

La generalidad que encarna a la Ley y dentro del cual se desarrollan aspectos jurídicos definidos; por tanto, se configura la “especialidad” del daño como requisito fundamental para dar lugar a la indemnización. Desde este punto de vista se entró a suponer que las Leyes afectaban situaciones jurídicas planteadas y a consecuencia de su aplicación se producirían daños, estos constituían cargas públicas que la comunidad no debería de soportar.

Por último, cuando se reconozca el derecho a la indemnización por la responsabilidad estatal al legislar, deberá de existir una evolución legislativa que garantice el resarcimiento del daño indistintamente que sea necesario acudir al patrimonio del Estado para indemnizar, lo anterior lo reafirma Duguit al sustentar la tesis de la responsabilidad en este campo “El Estado como asegurador frente de los administrados de todos los riesgos que resulten de su actividad general, debía ser también asegurador del riesgo resultante de la aplicación de una Ley”, (García, 1997, p. 10).

Aunado los conceptos aquí estudiados, estamos de acuerdo con el planteamiento de Marienhoff (1977, p. 588), al afirmar que no es posible que exista un Estado de Derecho “irresponsable” pues conduciría a una contradicción.

Así las cosas, es Estado es sujeto de responsabilidad y por ende de resarcir el perjuicio que cause, mas cuando la Constitución Política establece a Colombia como un Estado Social de Derecho; que debe responder tanto por acciones y omisiones que estos soslayan derechos de sus asociados, acorde a lo reglado en el artículo 90 de la Carta Superior, que se constituye como el imperativo directo y Constitucional.

Es importante ser incisivo al indicar que la Constitución Política Colombiana, como ordenamiento jurídico superior, que debe ser no solo respetada y acatada tanto por los particulares como por sus autoridades incluidas el Presidente de la República como máxima autoridad.

Tal como lo afirma Kelsen “supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho Nacional” (Naranjo, 2006, p. 354).

- *Antecedente Jurisprudencial Francés*

La génesis sobre la falla legislativa se encuentra plasmada en el Caso La Fleurette del 14 de enero de 1938, el cual comentaremos a continuación:

A raíz del artículo 1 de la Ley 29 de junio de 1934 que buscaba beneficiar el mercado de productos lácteos y el cual expresaba:

“Está prohibido fabricar, promover, poner en venta o vender, importar, exportar o traficar:
1). Bajo la denominación de crema seguida o no de un calificativo o bajo una denominación de fantasía cualquiera, un producto que presente el aspecto de la crema, destinado a los mismos usos, no provenientes en forma exclusiva de la leche, la agregación o adición de materias grasas distintas a ésta, especialmente prohibida” (Calderón, 1982, p. 101).

La sociedad “La Fleurette” tuvo que desistir de la fabricación de su producto “Granadine”, el cual al no ser ciento por ciento de leche, encajaba en esta prohibición. Por lo anterior, la comunidad argumentando un daño especial exigió una indemnización por vía contenciosa.

Este resarcimiento que en principio fue negado por el Comisario de Gobierno posteriormente fue admitido por el Consejo de Estado bajo los siguientes argumentos: como primer fundamento ni el articulado en referencia, ni las actas de las comisiones redactoras revelan que el legislador tenía intención de imponer al actor con una carga diferente a la que usualmente asume; en segunda medida no era una actividad fuera del marco de legalidad, ni tampoco era considerada como dañina y por último la carga impuesta a la sociedad es tan especial, grave e importante que vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas por lo que debe ser asumida por la colectividad. (Long, et.al., 2000, p. 219).

Esta tesis fue planteada con posterioridad en el caso “Cacheteux et Demont” en 1944 mediante sentencia del 21 de enero expedida por el Consejo de Estado; mediante el cual una fábrica de glucosa tuvo que cerrar a causa de la Ley del 9 de junio de 1934. Dicha Ley tenía como objetivo primordial proteger a los productores de cereales y reducía dentro de la elaboración de la cerveza el porcentaje de productos diferentes a la malta, la cebada y el lúpulo. (Long, et.al., 2000, p. 219).

Los fallos aquí citados reconocen la responsabilidad que recae en el Estado legislador frente a las Leyes que traían como consecuencia grandes restricciones al interés particulares de una comunidad y una fábrica, para la protección de los intereses de un tercero y por ende de ciertas fabricaciones.

Con posterioridad, en 1963 se presentó el caso del Ministro del Interior contra Boveró, en este caso el Consejo de Estado reconoce de forma más amplia el espectro de responsabilidad del Estado legislador y admitió la indemnización a pesar de tratarse de una Ley que sería aplicada a la colectividad. Caso en el que se admitió el resarcimiento del perjuicio causado a un propietario en aplicación de un decreto extraordinario que prohibía la expulsión de los militares y sus familias radicados en Argelia.

Se puede colegir entonces que la jurisprudencia francesa estableció tres postulados para declarar la responsabilidad del Estado legislador cuando una Ley ha guardado silencio al respecto. (i) Que ni la norma ni sus actas preparatorias permitan pensar que el legislador buscó excluir cualquier tipo de indemnización, (ii) Que dicho resarcimiento no proceda cuando la actividad es ilícita y/o atente contra la colectividad; y (iii) Que la indemnización se puede causar cuando el perjuicio grave y especial supere los máximos de sacrificio impuestos por la legislación. (Rivero, 1984, p. 343).

- *Antecedente Jurisprudencial Español.*

Con la consagración de la Constitución española de 1978, mediante el artículo 9 se establece la responsabilidad del poder público y se reglamenta la responsabilidad de la Administración Pública, de los jueces, tribunales y deja sin regulación la responsabilidad del legislador.

“Constitución Política de España (1978) Artículo 9: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Si bien es cierto el legislador español ha sido exento de normatividad que regule sus actuaciones, a través de la doctrina se han conformado tres corrientes ideológicas que pretenden involucrar la responsabilidad en sus acciones: (i) Establecer que ante la presencia de unos perjuicios causados por una Ley, el Estado es responsable tal y como lo cita el artículo 9 de la Constitución; (ii) Otro sector encabezado por el jurista español Eduardo García de Enterría opina que “sólo cabe esta responsabilidad frente a las Leyes expropiatorias, en donde la ausencia de indemnización hace inconstitucional a la Ley” (García de Enterría, 2005, p. 132), y (iii) Aquellos que consideran que al presentarse una vacío Constitucional sobre la responsabilidad del legislador, se debe facultar a este último para que determine libremente cuando la norma debe establecer indemnización o no. (Amalfi, 2001, p. 34).

La Ley 30 de del 26 de noviembre de 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común), toma en su artículo 139 inc.3 la

posición de la doctrinante Amalfi Álvarez, y por consiguiente se pone un límite a los principios generales del rango Constitucional y permite a la Ley que sea quien determine las situaciones o casos en los cuales se debe indemnizar por actos legislativos.

Dicho artículo expresa lo siguiente:

“Artículo 139. Principios de la responsabilidad. **Inciso 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.”

Posteriormente, el Tribunal Supremo conoció del tema mediante sentencia del 20 de noviembre de 2001, quien concluyó que el artículo Constitucional 9 en su inciso 3 debe desarrollarse a profundidad de manera normativa y por tanto, no puede ser suplido por la jurisprudencia, en consecuencia ante la ausencia del desarrollo normativo, negó la responsabilidad del legislador.

A pesar de esta solución había sido confirmada por el Tribunal Supremo en varias sentencias relacionadas con la anticipación de la edad de jubilación de los empleados públicos, a nivel territorial se encuentra un precedente de vital importancia que se menciona: “la Audiencia Territorial de Valencia en sentencia del 9 de mayo de 1988 reconoció a un servidor público los derechos de ser indemnizado por el daño que se le ocasionó con la pensión anticipada a la que fue sometido como consecuencia de la aplicación de la Ley 30 de 1984.

La pretensión principal del servidor público, no era el de anular el acto administrativo que le reconocía el derecho a la pensión; su objetivo era el lograr la indemnización de los perjuicios causados con motivo de la puesta en marcha de la Ley 30 con la cual se dictaron las medidas para la reforma de la función pública.

La Sala Contencioso administrativa de esta Audiencia indicó que la falta de control de la responsabilidad por el hecho legislador, no exime al Estado de la responsabilidad; también concluye que si el Estado al dictar sus normas causa un perjuicio, entonces deberá responder y la responsabilidad encontrará su sustento en los principios generales avalados en el artículo 9 de la Constitución Española.

Finalizó, la Sala precisando que si bien el daño causado por la Ley es un perjuicio justificado toda vez que proviene de una norma, éste será antijurídico cuando supere las cargas públicas que normalmente se deben asumir por parte de los administrados y señaló “la doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador, encuentra en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar. Cuando el daño producido adquiere esa dimensión, el perjuicio se convierte en antijurídico. Deviniendo una lesión resarcible...” (Citado por Garrido Falla, Fernando. (1989). Sobre la Responsabilidad del Estado Legislador. En Revista de Administración Pública España: Número 118).

En cuanto a los aspectos jurisprudenciales Colombianos que se viene desarrollando, estos serán tratados en el próximo capítulo.

2.2.5 Principio de Confianza Legítima

2.2.5.1 Generalidades.

El origen del principio de la confianza legítima se remonta en Alemania Federal de la posguerra con la Sentencia del 13 de junio de 1965. Desde ese momento, la doctrina administrativa y las resoluciones judiciales alemanas (Corte Constitucional de Karlsruhe y Corte Administrativa Federal) han sido por muchos años referentes obligados. Dicho

desarrollo doctrinal y jurisprudencial estaba relacionado dentro de la esfera procedimental y con las posibilidades de revocar los actos administrativos.

Posteriormente, el principio se inserta en Europa a través de las decisiones del Tribunal de Justicia; y el desarrollo que ha tenido en los últimos años nos permite concluir que la confianza legítima constituye un instrumento puesto al servicio comunitario y capaz de aplicarse a cualquier decisión judicial. (Cortes, 2008, p. 3).

En Colombia, la confianza legítima surge como derivación de la seguridad jurídica consagrada en el artículo 1 y 4¹⁵ de la Constitución Política, del respeto al “acto propio”; lo que fue objeto de estudio Constitucional por parte del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero en Sentencia T- 295 de 1999.¹⁶

A pesar de la dependencia del principio hacia los referentes normativos y jurisprudenciales citados en precedencia, alcanza una identidad propia en virtud de las reglas especiales que se aplican en la relación entre la administración pública y el administrado. “Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente esperada sino jurídicamente exigible”. (Sentencia SU-360 de 1999. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

¹⁵ Al respecto en la Sentencia T-021 de 2008, la Corte precisó que si bien el principio “se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), de respeto al acto propio y buena fe (artículo 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado.”

¹⁶Acto propio: Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio Constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto); así como del principio de la “buena fe” plasmado en artículo 83 de la Carta Política y que igualmente ha sido desarrollado Constitucionalmente entre otros referentes jurisprudenciales por el Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell mediante Sentencia C-520 de 1999.

Ya en el plano conceptual, la doctrinante Colombiana Josefina Cortes Campos (2008), define el principio como:

“El principio de confianza legítima es una técnica de protección de situaciones jurídicas consolidadas por los particulares; de ahí que la protección ante la violación de este principio aparece como una reacción del juez a una utilización abusiva de la norma jurídica o acto administrativo que sorprende la confianza de las personas destinataria de las mismas, que no esperaban tal reacción, al menos sin unas medidas transitorias que aminorasen esos efectos tan bruscos (...).”

2.2.5.2 Justificación en la Legitimidad de la Confianza.

La relación existente entre el ciudadano y la Administración Pública por lo general está referida a la norma y al acto administrativo; instrumentos jurídicos que se ha definido como la decisión unilateral de aplicación del ordenamiento jurídico frente a sus destinatarios con una exigibilidad y obligatoriedad inmersa en los mismos. En consecuencia, el ciudadano debe contar, de algún modo, con herramientas que le permitan hacer frente a los poderes unilaterales de la Administración Pública, uno de ellos le aportará la seguridad de que su confianza en la actuación pública no será traicionada.

Se deduce que la protección de la confianza legítima se encuentra soportada en el principio de seguridad jurídica, entendiendo esta última como la herramienta encargada de garantizar la confianza que los ciudadanos pueden tener del cumplimiento y el respeto de las situaciones que sean consecuencia de la aplicación de normas válidas y vigentes. “Con lo que la seguridad jurídica significa por eso para el ciudadano en primera línea...protección de la confianza”. (Sentencia C-478 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

La protección de la confianza, significa que existe una garantía para los individuos en general, que consiste en la protección de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada correspondencia a sus esperanzas en la actuación acertada de éste, de esta manera su ámbito de acción se prolonga a la Administración, la legislación, así como la jurisprudencia.

2.2.5.3 Objetivo.

El propósito más relevante del principio es el de servir como mecanismo de conciliación en el desarrollo de un conflicto entre los intereses privados y públicos, especialmente cuando el Estado ha creado esperanzas de favorabilidad para el administrado y lo sorprende al eliminar inesperadamente esas condiciones, por lo tanto, la confianza que el sujeto administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la Administración Pública, es digna de protección y debe respetarse.

Al respecto la Corte ha dicho:

"Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una

autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política." (Sentencia C-478 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

Lo hasta aquí mencionado no indica que las autoridades no puedan proyectar cambios normativos o políticos que tiendan a desarrollar planes y programas que ellos consideran de vital pertinencia para la comunidad en general dado el carácter dialectico de la sociedad.

El principio de la buena fe, inmerso en la confianza legítima significa que la administración no puede generar cambios sorpresivos que afecten derechos particulares asegurados y fundamentados en la objetividad, es decir, fundados en hechos externos de la administración suficientemente indiscutibles, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

Adicional a lo anterior, es necesario precisar que la confianza o la buena fe de la colectividad no se debe proteger garantizando la estabilidad de actos u omisiones que estén en contravía del marco Constitucional y legal sino a través del resarcimiento, no necesariamente económico, del bien afectado. Igualmente la Corte dice: “ este principio tampoco significa: ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general" (Sentencia T-617 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

Por lo anterior, este principio está constituido por tres presupuestos básicos: (i) el primero consiste en la necesidad de preservar de manera definitiva el interés público, (ii) el segundo una descentralización cierta, razonable y evidente de la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un periodo transitorio en donde la situación se sujete a la realidad social del momento. Consecuentemente, este principio le exige a la Administración el mantener una coherencia en cada una de sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos mediante la enajenación del poder por parte del

pueblo y una garantía de estabilidad, como quiera que "así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas" (Sentencia T-617 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

2.2.5.4 Referente Normativo y Jurisprudencial en Algunas Legislaciones.

El principio de confianza legítima ha sido admitido por diversas legislaciones como el sistema del common law; el sistema alemán y las Cortes Europeas, entre otras, que se comentan:

En el sistema Inglés common law la figura de la confianza legítima recibe el nombre de "legitimate expectation". En lo que respecta al Reino Unido y a los Estados Unidos, este principio se limita a una protección procedimental vinculada con las de justicia y equidad en el campo del proceso. Por ello, se hace referencia a la legitimación en el ejercicio de una acción. En general se le identifica con la figura del "stoppel" que prohíbe cualquier actuación revocatoria en detrimento de terceros; la cual no se aplica a la administración pública cuando actúa en el ejercicio de sus prerrogativas.

El stoppel es definido como "la prohibición que se hace una persona de retirar una seguridad que había dado, que aparentaba vincularla definitivamente, y sobre cuya base otra persona ha efectivamente actuado". (R. De Sansó, 2000, p. 16).

El segundo sistema, el alemán que se fundamenta en la idea del "vertrauensschutz", (que viene de vertrauen: confianza) y alude a la protección de la confianza. A pesar que la idea estuvo latente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de finales de los años veinte, el principio sólo adquiere su verdadero desarrollo a partir de 1950 como un producto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los Tribunales Administrativos; esta protección es de tal naturaleza que se opone incluso al legislador para impedirle modificar la Ley en una forma que lesione en forma excesiva los derechos adquiridos.

En Alemania, el principio no sólo ha tenido consagración jurisprudencial, sino también se ha producido en la esfera legislativa, acogiendo la Ley sobre el Procedimiento Administrativo no Contencioso del 25 de mayo de 1976.

Para el caso de Francia, a pesar que la noción no tiene consagración legislativa, recientemente ha sido utilizada en materia fiscal por los tribunales y, asimismo, se aplicó en un caso concreto para fundamentar la responsabilidad por daños causados a una empresa en vista del radical cambio de un régimen administrativo sin que mediasen medidas transitorias.

Siguiendo con España se ha asumido el principio de confianza legítima por su sometimiento a la jurisprudencia del Tribunal Comunitario. La primera aplicación de este principio por la Corte Suprema se produjo en el año 1989.

Finalmente, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas es la que ha desarrollado más ampliamente el principio de confianza legítima, equiparándolo con el de seguridad jurídica. La primera referencia implícita que el tribunal comunitario hiciera a la materia se encuentra en la sentencia del 22 de mayo de 1961; posteriormente, aparece el reconocimiento expreso en sentencia del 13 de julio de 1965, dentro de la cual, la sociedad de responsabilidad limitada Lemmerz-Werk esgrimió el principio de confianza legítima frente a la exigencia del pago de compensaciones alegando que, por decisión precedente de los organismos comunitarios, estaba exenta del mismo y desde entonces, adquirió una posición de confianza legítima respecto a su procedencia, situación que se alteró por una nueva decisión que le revocó la dispensa del pago y le exigió éste retroactivamente.

CAPITULO III

2.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

2.3.1 Preliminares.

En el desarrollo histórico de la responsabilidad estatal surge la objetividad y subjetividad como teorías que discuten la carga probatoria del Ejecutivo en sus acciones u omisiones dentro de la administración pública.

Por ello jurídicamente la responsabilidad del Estado se apreció en consideración del elemento “culpa” por medio del cual se contempló una responsabilidad de carácter subjetivo; pero debido a la falta de cobertura que se generó para eventos que exigían que el Estado respondiera por los perjuicios ocasionados en el desarrollo de sus actividades como la llamada falla del servicio público, se hizo necesario que la Administración se sujetara a la normatividad creada por el legislativo que le permitiera al mismo Estado o al ciudadano el resarcimiento por el daño y/o detrimento causado.

Con el desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política, se elevó a rango Constitucional el espectro de la responsabilidad en Colombia, (Henao, 1997, p. 771), y aunque la impresión que dejó la consagración de este artículo, fue el de creer que habíamos pasado de una responsabilidad subjetiva a una objetiva, hemos podido concluir que se objetivizó el concepto de daño, pero subsiste el régimen de la responsabilidad subjetiva. De la misma manera lo concluye el doctor Henao Pérez cuando a su juicio “En pensamiento del constituyente el desplazamiento “del centro de gravedad de la responsabilidad” hacia una noción de tinte objetivo, como es el del daño antijurídico, no supuso la muerte de la teoría de la falla del servicio ni de las otras teorías que jurisprudencialmente se habían elaborado”.

Analizado el punto del daño antijurídico y su relación con la responsabilidad objetiva y subjetiva, puede decirse que el mismo está presente en estas dos teorías: pero este daño no es un sistema de responsabilidad por sí mismo, requiere de unos títulos de imputación tal y como lo analizaremos a continuación.

2.3.2 Responsabilidad Subjetiva.

La teoría se fundamenta indicando que la responsabilidad se encuentra en la conducta del actor, que en nuestro planteamiento se resume en el Ejecutivo, es decir, que para establecer si se configura una responsabilidad no basta con que se presenta un daño, sino que ese daño sea la consecuencia de la acción dolosa o culposa del Ejecutivo.

Por lo anterior, para establecer la responsabilidad extracontractual de acuerdo a esta teoría (también conocida como teoría clásica de la culpa) es necesario que se presenten tres elementos a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del Ejecutivo y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del agente generador del daño; así, una vez confirmada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño a su víctima que en este caso es la comunidad.

Los mayores defensores de esta teoría son los hermanos Mazeaud quienes sostenían que “la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad. Tal es el principio: no hay responsabilidad sin culpa” (Mazeaud, et al, 1960, p. 7).

Dichos autores criticaron fuertemente a los defensores de aquellas teorías que desechaban el análisis del elemento de la culpa en la determinación de la responsabilidad, al decir:

“Establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia. La justicia y la moral suponen una diferenciación en el acto culpable y el acto inocente, un examen de la conducta del agente... Resolver que un acto inocente compromete la responsabilidad de su autor, puede justificarse rara vez sobre el terreno de la utilidad social, y jamás sobre el de la moral” (Mazeaud, et al, 1960, p. 89).

2.3.3 Responsabilidad Objetiva.

Al contrario de lo que sucede con la teoría clásica de la culpa, los expositores de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo como también se le conoce, afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Aquí lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción

ejercida y el daño, no es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente.

De ese estudio NO depende que se indemnice o no el perjuicio. Ya que para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre el actuar u omisión y el daño. Alessandri en su obra explica en forma muy clara la característica principal de la responsabilidad objetiva, afirmando, en efecto, “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, con culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad”

Para entender la razón por la cual algunos autores desecharon como fundamento de la responsabilidad la teoría clásica de la culpa y en su lugar acogieron la nueva teoría del riesgo, es necesario comprender las circunstancias sociales y culturales que reinaban para la época en que esta teoría fue expresada. Pues bien, esta teoría fue propuesta a mediados del siglo XIX, período en que se presentaba un gran desarrollo científico e industrial, es la conocida época de la “Revolución Industrial” en la cual se manifiesta un gran auge del maquinismo, donde las máquinas empezaron a intervenir en toda la esfera social trayendo consigo a la vez, grandes beneficios pero también un gran incremento de accidentes que producían a su vez una serie de daños y perjuicios los cuales era necesario indemnizar. Pero como en la mayoría de las veces los accidentes los causaban las máquinas, cuyo funcionamiento era complicado y sus diseños lo eran aún más, resultaba muy difícil, casi imposible, para la víctima entrar a demostrar la culpa o el dolo con el que se produjo un determinado daño, trayendo esto como consecuencia que en muchas ocasiones, la víctima de un daño generado por una máquina, quedaba sin recibir la debida indemnización a que tenía derecho, en razón a la imposibilidad de lograr demostrar la culpa del agente, lo cual evidentemente atentaba contra la equidad y la justicia social.

Estas fueron las razones que impulsaron a varios autores, especialmente a Jossierand, a proponer la teoría de la responsabilidad objetiva, en la cual se liberaba a la víctima del daño, de entrar a demostrar la culpa o dolo con que fue producido el daño, para así lograr la indemnización de los perjuicios.

Otros autores, conscientes de la injusticia e inequidad que se estaba presentando, propusieron otras teorías que, sin llegar al extremo de desaparecer el concepto de culpa, sí facilitaron a la víctima la consecución de la indemnización de los perjuicios. Son las teorías intermedias, dentro de las cuales se destacan la teoría del abuso de los derechos, la obligación de seguridad a favor de la víctima y las presunciones legales o judiciales que invierten la carga de la prueba, esto es, que ya no corresponde a la víctima demostrar la culpa o dolo, sino que se presume responsable al autor del daño y es este quien debe probar lo contrario.

En lo que respecta a la teoría de la responsabilidad objetiva son varios los argumentos que la fundamentan. Los autores Ordoquí y Oliviera (1974, p. 24) las exponen de forma concreta en la siguiente manera:

Teoría del interés activo: consiste en quien desenvuelve en su propio interés una actividad cualquiera debe sufrir las consecuencias provenientes de ella”

Teoría de la prevención: Quien con visión segura calcula las posibilidades de un buen o mal éxito pesando fría y exactamente los diferentes factores, incluso la posibilidad de accidentes, debe necesariamente soportar su decisión.

Teoría del interés preponderante: Por razones de equidad, debe necesariamente tenerse en cuenta al fijar la obligación de reparar el interés económico dañado por las partes; es decir, que cuanto mayor es el poder económico del agente, mayor es la responsabilidad que a su cargo se impone.

Teoría del acto peligroso: Siempre que en la producción de un daño ha intervenido una cosa peligrosa, debe necesariamente obligarse a reparar a quien de ella se sirve, por la culpa que implica haber provocado un peligro.

Teoría del riesgo provecho: Llamada también teoría del riesgo profesional, según esta desde el momento en que alguno crea ciertas condiciones de trabajo y hace trabajar a otras personas en su provecho, o extrae beneficio para ella de las actividades que desempeñan, en caso de que estas personas se dañen o sufran algún accidente aquélla debe indemnizar los daños ocasionados.

Teoría del riesgo creado: Se está obligado a reparar los hechos dañosos producidos por una actividad que tiene lugar en nuestro interés y bajo nuestro control.

Para los citados autores, (Ordoqui, Oliviera, 1974, p. 84), sea cual fuere el argumento que se adopte, esto no deja de ser como ellos dicen “conceptualismos”, y manifiestan que:

“La verdadera y única razón de ser del régimen de la responsabilidad, se encuentra en la necesidad de asegurar a la víctima una reparación por el perjuicio sufrido; solución que en muchos casos la teoría de la culpa es incapaz de proveer, sea por la imposibilidad de determinar el agente material del daño, sea porque su conducta ilícito-culposa no puede ser probada, o porque, salvados estos últimos escollos, el sujeto responsable resulta insolvente”

2.3.4 Evolución Jurisprudencial 1991

En Colombia a raíz de la expedición de la nueva Constitución Política y especialmente con la incorporación del concepto de “daño antijurídico” en el artículo 90 de la misma, como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, doctrina y jurisprudencia Nacional han venido manifestándose sobre el tema, emitiendo variedad de criterios,

opiniones y teorías, relativas al régimen de responsabilidad que consagra la mencionada norma Constitucional.

El artículo 90 establece lo siguiente:

“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 este”

A partir de 1991 varios cambios sustanciales ocurren respecto al tema de la responsabilidad patrimonial de la administración pública a saber: Por primera vez en el ámbito Constitucional se consagra el principio general de responsabilidad patrimonial de la administración pública, en forma específica y no derivándolo de otros principios normativos.

El concepto de daño antijurídico se erige como fundamento o pilar de toda la responsabilidad de la administración pública, apartándola del elemento subjetivo (culpa o dolo), y centrándolo en el daño pensándose inicialmente que se había adoptado el régimen de responsabilidad objetiva.

En Colombia el profesor Juan Carlos Henao (1997), lo define como “aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad suponiendo la aplicación del principio *iuranovit curia*”, lo cual, evidentemente, no es una definición. De allí que a renglón seguido el autor deba explicar: “El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato”.

Para el autor, la inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, no implica una objetivación de la responsabilidad; para él

siguen presentándose los regímenes subjetivos (falla probada y falla presunta), sólo que el fundamento, en todos los casos, va a ser el daño antijurídico, pero según cada caso este se puede revelar como falla del servicio, (presunta o probada), o como daño especial, o como riesgo excepcional u otros regímenes no condicionados por la presencia de una falla del servicio.

No obstante a lo anterior la primera reacción del Consejo de Estado luego de la consagración del artículo 90, fue afirmar que el mandato Constitucional objetivizó la responsabilidad patrimonial de la administración pública, puesto que ahora el fundamento de ésta se encontraba en el concepto jurídico de LESION (daño antijurídico). Durante esta primera etapa la jurisprudencia de la corporación, se nutrió principalmente con los conceptos de un amplio sector de la doctrina española que sostiene la teoría de la objetivación de la responsabilidad estatal pues al hablar de que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el concepto de lesión o perjuicio antijurídico no se estaba refiriendo al perjuicio causado antijurídicamente, es decir, no se estaba realizando un juicio de valor sobre la conducta del agente productor del daño, sino que se refiere o se mira únicamente es el daño antijurídico, sin importar si la conducta de la administración fue jurídica o antijurídica.

Del análisis de su jurisprudencia el Consejo de Estado, adopta la tesis de la responsabilidad objetiva de la administración basándose en el concepto que del daño antijurídico han emitido los autores españoles.

2.3.4.1 Sentencia del 31 de Octubre de 1991.

(Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 255, pág. 210 y 211 el legislador haya)

En esta sentencia al resolver un recurso de apelación contra sentencia absolutoria del Tribunal Administrativo de Nariño a favor de la Nación- Ministerio de Obras Públicas por los perjuicios causados con motivo de la caída de una piedra en la carretera Panamericana Sur,

el Consejo de Estado manifestó: “La sentencia será revocada, pues el ad quem no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el a quo, al hacer la valoración jurídica y fáctica de todas las circunstancias particulares del caso..... Y no se patrocina esta manera de razonar (el a quo no encontró probada la falla del servicio), porque el caso no se deja de manejar con esta última perspectiva jurídica, sino con la filosofía que informa la idea de “LESION”, esto es, como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que encuentra su apoyo Constitucional en el artículo 90 de la Carta”

Más adelante en su jurisprudencia el Consejo de Estado se aparta de la tesis –un poco radical– sobre la responsabilidad objetiva de la administración pública, y empieza a acoger la tesis según la cual el artículo 90 de la Constitución no eliminó la responsabilidad por falla del servicio, sino que lo que hizo fue ampliar el ámbito de ésta, de modo que habrá responsabilidad tanto por el funcionamiento anormal de los servicios (falla), como por el funcionamiento normal de los servicios (rompimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a la Ley y las cargas públicas).

Este último de gran importancia frente al desarrollo de la responsabilidad del Estado por el hecho legislador, tema que ha tenido un escaso desarrollo jurisprudencial, ya en vigencia de la Carta de 1991, en uno de los primeros pronunciamientos la Sala (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de octubre de 1990, exp. 5396; actor: Sociedad Felipe Garrido Sardi, C. P. Julio César Uribe Acosta), señaló:

“(...) bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del Estado - legislador (...) es posible que, en una situación bien distinta de la que se registra en el presente proceso, se abra paso a un régimen de responsabilidad, que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado - Legislador, pero dentro del temperamento que se deja estudiado”.

En otra oportunidad, al señalar que no es admisible que se afirme que el Estado es irresponsable “cuando su función implica el ejercicio de su soberanía”, la Sala indicó:

“b) Establecido lo anterior, es menester dilucidar el planteamiento de las entidades demandadas en lo atinente a una supuesta irresponsabilidad del Estado ‘cuando su función implica el ejercicio de su soberanía’; no explica el contenido de la noción pero al ejemplificar señala ‘los actos legislativos’, ‘los actos de gobierno’, ‘los actos del juez’ y ‘los hechos de guerra’.

“(…) No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art. 1º de la C. N.) So pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podía jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de febrero de 1995, exp. 9273, C.P. Juan de Dios Montes Hernández).

2.3.4.2 Sentencia C-038 de 1996.

El pronunciamiento oficial más importante sobre el tema de la responsabilidad del Estado Legislador, es quizás, el contenido en la sentencia C-038 de 2006, de la Corte Constitucional, porque ha sido el único que de forma sistemática genera una certeza sobre la posibilidad de encontrar responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de la Ley.

Los motivos que ocasionaron la demanda en contra del artículo 86 del decreto 01 de 1984 según el demandante es que se incurrió en una omisión legislativa relativa en la redacción del artículo 86 del Código Administrativo, bajo el entendido que no se mencionó la posibilidad de instaurar la acción de reparación directa cuando los perjuicios patrimoniales surjan de la actividad legislativa, así las cosas, existe una flagrante y diáfana vulneración del artículo 90 de la Constitución Política que establece como sujeto pasivo de la responsabilidad patrimonial a las autoridades públicas en genérico. En este sentido, si el Congreso de la República es una autoridad pública, existe un olvido notorio en la norma demandada, porque

del texto se desprende que sólo las autoridades administrativas son las llamadas a responder patrimonialmente.

La idea original de la demanda, al parecer, era que la sentencia que expidiera la Corte Constitucional tuviera el carácter de integradora, en tanto ella, como garante de la Constitución, supliera la omisión en la que ocurrió en su momento el Legislador extraordinario. Como se verá después, la sentencia no entra a llenar ninguna clase de omisión, sino que declara la exequibilidad del texto demandado utilizando como ratio decidendi la doctrina del derecho vigente, según la cual existe una interpretación del enunciado normativo que tiene la cualidad del provenir de la jurisprudencia especializada del Consejo de Estado, que a su vez establece con claridad dos cosas: la primera de ellas es la aceptación de la eventual responsabilidad del Estado Legislador en Colombia la segunda es que el medio procesal adecuado para reclamarla es la acción de reparación directa.

No obstante, esto se detallará más adelante, esta aclaración que efectúa la sentencia es muy útil e importante, porque como lo admite esta misma providencia, sobre el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo existen, al menos, dos interpretaciones contrarias relacionadas con la posibilidad de utilizar la acción de reparación para efectos de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la Ley.

2.3.5 Determinación del Régimen Jurídico Propio de la Responsabilidad por el Hecho del Legislador

2.3.5.1 Daño antijurídico

Hay ciertos eventos en los que la Constitución misma determina la existencia de la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado por el hecho de la Ley, como cuando establece a favor del Estado un monopolio rentístico que implique el detrimento de una actividad económica lícita de uno o varios individuos artículo 336, o cuando el Estado se

reserva la prestación de ciertos servicios publico o actividades estratégicas artículo 365, esto no obstante, no quiere decir que la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa se circunscriba únicamente a los eventos aludidos , por que el fundamento sobre el que se cimienta esta responsabilidad es el daño antijurídico, que a su vez descansa en los principios Constitucionales de igualdad y solidaridad.

El daño antijurídico es, según acepta la doctrina y la jurisprudencia, el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, sin importar si el hecho es producto de una actividad lícita o ilícita del Estado. Esto implica que el fundamento de la responsabilidad ya no radica en la calificación de la conducta del agente que ocasiona el daño, sino del daño en si mismo considerado.

2.3.5.2 El Título Jurídico de Imputación.

Así las cosas, en el Estado actual de la jurisprudencia, se tiene claro que el daño antijurídico es el régimen que sustenta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Pero también establece una diferencia entre el régimen de responsabilidad y los distintos títulos de imputación jurídica de esa responsabilidad. Tales títulos de imputación dependen de las circunstancias de cada caso, y son los siguientes: la falla del servicio, la igualdad de las personas ante la Ley, el riesgo excepcional, el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, la inconstitucionalidad de la Ley, declarada judicialmente, y los principios generales del derecho que involucren conceptos de equidad, como el no enriquecimiento sin causa.

En este entendido es que se ha mencionado que la responsabilidad del Estado legislador es uno de los varios títulos de imputación que se desprenden del único régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado (el daño antijurídico) Con todo, es posible que el fundamento para declarar la responsabilidad del Estado Legislador sea

precisamente una de carácter subjetivo (falla del servicio), u otra de carácter objetivo (daño especial o riesgo excepcional) que son, justamente, otros títulos jurídicos de imputación. Por ahora señalaremos que en el caso de la responsabilidad por el hecho de la Ley, dependiendo de las circunstancias, parece haber una mixtura de títulos de imputación.

Como se verá más adelante, en el derecho francés y en el caso español, la responsabilidad del Estado legislador está ligada, o bien al concepto del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, o bien a la vulneración del principio de la confianza legítima, que a la larga vienen a ser diversos ángulos del principio de igualdad ciudadana ante el ordenamiento jurídico.

2.3.6 Distintos Fundamentos de la Responsabilidad del Estado Legislador Según el Derecho Comparado.

Responsabilidad del Estado legislador por la ruptura del principio de igualdad antes las cargas públicas (caso francés).

Anteriormente se veía en la Ley un acto de Soberanía que no podría comprometer la responsabilidad del Estado. De principio surgió la decisión del Consejo de Estado (Duchatelier) negando toda indemnización a los afectados por la Ley 12 de febrero de 1838.

La responsabilidad de la actividad legislativa se origina en una situación de desigualdad que tiene como causa una Ley en sentido formal y material. Esta situación repercute negativamente en un sujeto de derecho. Esta posición se defendió por primera vez en el caso La Fleurette, de 1938, y fue ratificada con posterioridad en el caso Bovero, de 1963, en el que se sentó definitivamente la responsabilidad por la vulneración del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

A partir de este caso, la jurisprudencia francesa enumeró las siguientes condiciones para estructurar la responsabilidad del Estado Legislador

La Ley crea una carga anormal y esencial que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas – responsabilidad sin falla, el perjuicio debe ser especial, es decir, que debe alcanzar un número limitado de individuos.

Hay una larga ausencia de decisión del legislador de excluir expresamente la posibilidad de reparación- ni del texto de la Ley o de sus actas reparatorias se infiere la voluntad de excluir una indemnización a los afectados.

La actividad prohibida por la Ley no debe ser inmoral o contraria al interés general.

En el caso francés se destaca que la vulneración nacida de una Ley debe ser especial, excepcionalmente o anormalmente grave, porque “si el daño causado por la Ley fuere general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización para gravarla a toda la colectividad”

La responsabilidad del Estado Legislador por la violación del principio de confianza legítima – responsabilidad del Estado por la expedición de Leyes inconstitucionales (caso español).

2.3.7 Vulneración de Principio de Confianza Legítima

Resaltamos al principio que no siempre que se declare una Ley por inconstitucionalidad, ello implica una consecuente declaratoria de responsabilidad del Estado. Así como tampoco es necesario que una legislación sea declarada inconstitucional para efectos de determinar la responsabilidad del Estado.

Precisamente respecto de lo anterior, es bueno acotar que en España el desarrollo de esta institución no ha sido siempre jurisprudencial, e inicialmente se perfiló por la vulneración del principio de la confianza legítima por parte de las Leyes que no eran inconstitucionales.

Efectivamente, a diferencia de otros Estados Europeos, en España existe una disposición legal que regula el supuesto de responsabilidad del Estado Legislador: el artículo 139 de la Ley 30 de 1972 (Régimen jurídico de las administraciones públicas o procedimiento administrativo común), el cual fue inicialmente criticado por diferentes doctrinantes por ser impreciso. Igualmente en la Ley 40 de 1974, el legislador se encarga de establecer la obligación reparadora, como en caso de la descolonización española en el Sahara, en donde los españoles no residentes se vieron afectados, para lo que se declaró la responsabilidad del legislador con el fin de incluir la protección de las personas cobijadas.

Otro caso importante, algunas empresas pesqueras que fueron afectadas por la eliminación de cupos de pesca exentos de derechos arancelarios, como consecuencia de la adhesión de España a la Comunidad Europea, a lo que se le condeno a una indemnización por la concurrencia de los requisitos configurativos la responsabilidad por el hecho legislador, los cuales son: el daño no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado que es consecuencia directa (nexo causal) de los concretos actos que se aducen y que se examinan como determinantes de la lesión patrimonial .

Dentro de la sentencia C-038 de 2006 se hace un recuento de la evolución de la responsabilidad del Estado Legislador en España, y se hace alusión al Principio de la Confianza Legítima que fue copiado del derecho español por vía jurisprudencial, este principio en Colombia es una proyección de la buena fe que debe gobernar las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, y se concreta en una garantía que tiene estos últimos para que frente a ellos no se efectúen cambios bruscos e intempestivos que afecten las expectativas que tienen de adquirir un derecho. Se trata de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades, Sin embargo, la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad

de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima le protege.

Se requiere para que sea violentado el Principio de la Confianza Legítima, que el Estado efectúe actuaciones que sean lo suficientemente concluyentes para provocar en el afectado una confianza tal, que lo lleve al convencimiento que está actuando correcta, lícita y razonablemente, y que por ello el ciudadano incurra en determinados gastos o inversiones por confiar en la apariencia de legalidad de la actividad del Estado: los cuales no hubiera realizado de no tener la seguridad de la buena fe estatal, si después esta expectativa no concuerda con las implicaciones reales de la actuación de la administración o del legislador, y con esto se causa un perjuicio al ciudadano, este debe ser indemnizado, porque no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

En estos casos, es interesante en la jurisprudencia la Ibérica, la determinación que debe acreditarse en el proceso es que el individuo afectado con la aplicación de la legislación no tenía el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio. En este sentido, hay que recordar que la noción del daño antijurídico nació en España.

2.3.8 Responsabilidad del Estado por una Ley declarada inconstitucional.

En España, el reconocimiento de la responsabilidad estatal por causa de una Ley declarada inconstitucional es relativamente reciente año 2000 y el fundamento es sencillo: cuando se produzcan daños individuales por la aplicación de una Ley que resulto inconstitucional después de pasar el examen respectivo Tribunal, existe un deber jurídico del Estado de reparar patrimonialmente tales derechos. Como se ve, se trata de algo similar a la responsabilidad emanada de la aplicación de actos administrativos ilegales, entre otras cosas porque el deber resarcitorio tiene como requisito previo la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley o de ilegalidad en el caso de los actos administrativos de la disposición generadora del perjuicio.

Ahora bien, debe resaltarse que la responsabilidad del Estado Legislador sólo opera cuando las actuaciones administrativas que aplican la Ley no se hacen ejerciendo el poder discrecional de la administración, y con poder discrecional estamos hablando del poder decisorio de la misma, En el evento en que el perjuicio se atribuya a las autoridades que ejecutan la Ley inconstitucional, se desplaza la responsabilidad del Estado Legislador, porque en tal caso., el Estado sólo responde por la aplicación indebida de la Ley, pero no a título de error legislativo. Desde esta perspectiva, lo que debe tenerse claro es que la única forma en que se encuentre responsable al Estado por el hecho de la Ley, es que los perjuicios ocasionados hayan sido directamente atribuibles a la Ley en si misma considerada.

2.3.8.1 Responsabilidad del Estado legislador en Latinoamérica.

En Brasil la doctrina acepta la responsabilidad por el hecho legislador. En el caso de las Leyes Constitucionales, el título de imputación de la responsabilidad, es la violación del principio de la igualdad ante las cargas públicas; en cuanto a la Ley inconstitucional, la responsabilidad deviene de una antijuridicidad evidente. Desde este punto de vista, la responsabilidad puede valorarse aun cuando no se haya dado el juicio de inconstitucionalidad.

En Argentina la fuente normativa que soporta la responsabilidad del Estado es el Código Civil. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido la responsabilidad del Estado por la Ley Constitucional e inconstitucional.

La MERCOSUR no contempla una acción de particulares contra los Estados miembros por violación de las normas que integren el acuerdo comercial. Existe la negociación directa, y si no es efectiva, se acude al procedimiento arbitral.

En Venezuela, existe dicha concepción de responsabilidad, consagrada a nivel Constitucional, de acuerdo con lo establecido por el autor BABEL LARES MARTINEZ. Así

pues, para que la responsabilidad del Estado por los actos legislativos sea procedente, se necesita.

- Que el perjuicio causado sea especial, es decir, que se haya afectado a un grupo determinado de individuos.
- Que el perjuicio sea cierto y apreciable en dinero.
- Que sea de gravedad suficiente.
- Que la actividad prohibida o suprimida, o la actividad afectada por la Ley no haya sido contraria a la salud, a la moral o al orden público y en términos generales, que no haya sido antijurídica.

2.3.8.2 Responsabilidad del Estado Legislador en Colombia.

Son pocos los casos en los cuales la jurisprudencia Colombiana se ha manifestado al respecto. Sin embargo, desde el principio se ha pretendido aceptar la responsabilidad del Estado por el Hecho de la Ley. La Corte Constitucional, en la citada sentencia C-038 de 2006, hace el recuento de dos fallos del Consejo de Estado que versan sobre el tema, y creemos que es necesario explicar.

2.3.8.2.1 Sentencia del 25 de agosto de 1998.

El primero de ellos es la sentencia del 25 de agosto de 1998 Sala Plena, exp IJ-001 C.P Jesús María Carrillo Ballesteros. El caso analizado en esta providencia guardó relación con unos perjuicios económicos y morales derivados de la muerte de un individuo que fue atropellado por un automóvil con placas diplomáticas. Debido a que en virtud de la Ley 6 de 1972 que aprueba en Colombia la Convención de Viena el cuerpo diplomático extranjero goza de inmunidad en el país, no fue posible acudir a instancias Nacionales para buscar una reparación por los daños ocasionados.

Ante estas circunstancias, y después de agotadas las etapas del proceso de reparación directa, el alto tribunal decidió que existía una responsabilidad imputable al Estado en razón a la aprobación de una Ley que, si bien es Constitucional, ocasionó un daño particular a unas personas que no tenían el deber jurídico de soportarlo. En este caso concreto, se señaló que el título de imputación sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, era el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas.

Esta sentencia tuvo varias aclaraciones de voto, y todas ellas se orientaban en dos sentidos: por un lado, argumentaron que el título de imputación para determinar la responsabilidad en este caso era el daño especial; por el otro, se menciona insistentemente que en este caso la responsabilidad no derivaba de la actividad legislativa, porque la Ley 6 de 1972 no es inconstitucional. Poco después se falló un caso similar en el que el Consejo fue enfático en decir que la responsabilidad no provenía de un error legislativo, sino del hecho de que el Estado puso a las víctimas en una situación de imposibilidad de reclamar judicialmente la indemnización de perjuicios. Este es un argumento especioso, fundamentalmente porque dicha imposibilidad se debe precisamente a la ratificación y la aprobación del Convenio de Viena.

Como se puede ver en lo expuesto anteriormente, pese a que la Ley que aprueba la Convención de Viena no es inconstitucional o sea, es legítima la actuación del legislador, hubo una circunstancia particular que comportó una responsabilidad por el Hecho de la Ley, pues como bien se afirmó, ocurrió un rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas. Se resalta que pese a encontrarse que la responsabilidad por la actividad legislativa es el título de imputación por el daño antijurídico, también concurren acá los elementos del daño especial. Esto sólo prueba una de dos cosas; o que el título de imputación es mixto; o que el título de imputación es uno sólo Estado legislador, pero concurren los elementos del título denominado daño especial.

2.3.8.2.2 Sentencia del 26 de Septiembre de 2002.

El segundo fallo mentado en la sentencia C-038 de 2006 es el del 26 de Septiembre de 2002 sección tercera Exp4458 M.P Alier Hernández Enríquez, en el que analizó el tema de la responsabilidad estatal derivada de la aplicación de una Ley declarada inconstitucional por la Corte Constitucional. En concreto, el caso analizado en esta providencia tenía que ver con la posibilidad de que, por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, el juez de lo contencioso administrativo extendiera hacia el pasado los efectos de una sentencia que declaro inexecutable una norma legal y reconociera los perjuicios ocasionados por esta mientras estuvo vigente, es decir, desde su promulgación hasta el momento es que fue declarada inexecutable.

El problema es que en esta ocasión, la Corte Constitucional no aclaró cuáles eran los efectos temporales que iba a tener su sentencia, y ello conlleva a afirmar categóricamente que los mismos son hacia futuro (Ex Nunc). Con base en esto el Consejo de Estado afirmó que no era posible la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para derivar una responsabilidad del Estado por la implementación de una Ley que fue declarada inexecutable.

En efecto, alega el alto tribunal que “ la decisión sobre los efectos de una fallo de Constitucionalidad, en consecuencia, también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, de manera que no están facultadas las autoridades de la República para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma determinada, cuando la misma ha sido declarada inexecutable por la corte y el fallo respectivo tiene efectos hacia futuro, Si, como se dijo anteriormente, se trata de actos proferidos o situaciones consolidadas con posterioridad al fallo, este simplemente debe acatarse, por que la norma en cuestión ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, se trata de actos proferidos con anterioridad al mismo o de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, aquellos y estas conservan su eficacia jurídica, una conclusión diferente nos llevaría a concluir, necesariamente, que el fallo de Constitucionalidad puede ser desconocido, en situaciones concretas, por las autoridades competentes para resolverlas.

CAPITULO IV

2.4 ESTADOS DE EXCEPCION.

*“El Estado de Excepción se presenta como una forma legal,
de lo que no puede tener forma legal”
Giorgio Agamben.*

La noción clásica y universal del orden público presume la vigencia plena del régimen jurídico Constitucional. Es, pues el imperio del derecho, el acatamiento a la legalidad por oposición a las vías de hecho. Aquella coexistiría con cualquier sistema de gobierno, sea democrático o Republicano, aristócrata u oligárquico, totalitario o socialista y, por lo mismo, se excluiría en las tiranías o dictaduras en cuanto niegan la validez del Estado de derecho y sólo obedecen a la voluntad omnímoda e ilimitada del gobernante de turno. (Escobar, 1998, p. 7).

La necesidad de conservar el orden público como condición indispensable para la convivencia humana y, por consiguiente, de restablecerlo cuando fuere turbado, ha conducido a que en los Estados de derecho y, Estados Sociales de Derecho se prevean instrumentos adecuados para que el Gobierno pueda prevenir sus alteraciones o restablecerlo cuando fuere el caso, de aquí surge la necesidad de hablar por primera vez sobre Estados de

excepción; entendidas como medidas inmediatas para precaver o conjurar una alteración de orden social, económico, político o ecológico.

La teoría política clásica señala que uno de los orígenes del Estado de excepción se encuentra en la figura romana del dictador, quienes ejercían poderes casi ilimitados durante un lapso que el Senado considerara suficiente para superar el Estado de necesidad o calamidad que motivaba la solicitud a un ciudadano notable para que asumiera tal magistratura. Otro límite impuesto a esa magistratura era que el dictador no podía modificar las Leyes fundamentales, puesto que no ejercía un poder soberano originario sino uno delegado por el Senado. Estos dos límites el lapso prefijado e imposibilidad de modificar la Constitución son, junto con la inviolabilidad de los derechos humanos, características habituales de los Estados de excepción, de sitio o de conmoción (Agamben, 2004, p.18).

El derecho público carece de una teoría del Estado de excepción, en la medida en que la doctrina y los juristas consideran el problema más como una cuestión fáctica que como un genuino problema jurídico, la legitimidad de tal teoría es negada por aquellos autores que afirman que el Estado de necesidad, en el que se funda precisamente la excepción no puede revestir forma jurídica; pero es que además, la propia definición jurídica del término se hace difícil por su situación en el límite entre la política y el derecho, de hecho el Estado de excepción constituye un punto de desequilibrio entre el derecho público y el hecho político (Saint Bonnet, 2001, p.28).

La cuestión de los límites entre ambos se hace, pues apremiante, ya que si los procedimientos excepcionales son fruto de los periodos de crisis políticas y, como tales, han de ser comprendidos no en el terreno jurídico sino en el político – Constitucional, acaban por encontrarse en la situación paradójica de procedimientos jurídicos que no pueden comprenderse en el ámbito del derecho mientras que el Estado de excepción se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal. Por otra parte, si la excepción es el dispositivo original en virtud del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye en él por medio de la propia suspensión, la teoría del Estado de excepción se convierte entonces en

una condición preliminar para definir la relación que liga a la sociedad con el derecho y, al mismo tiempo le abandona a él. (Agamben, 2004, p.18).

Sin embargo y con ocasión a la falta de previsibilidad a la que se encuentran los hombres y mujeres, se establecen unas regulaciones para las épocas o situaciones en las que se presentan hechos o actos por fuera de la normalidad que afectan la aplicabilidad de la regulación jurídica existente y cuya finalidad es la conservación de la vigencia de la institucionalidad ordinaria. A todas estas medidas adoptadas de manera extraordinaria y con el objetivo de restablecer el orden estatal se les conoce como Estados de excepción.

Las facultades que las Constituciones otorgan a los gobiernos para conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado, se han clasificado en dos categorías:

Facultades normales u ordinarias, que se ejercen por el Gobierno cuando no se han producido graves alteraciones del orden público político, material, económico o social.

Facultades excepcionales o extraordinarias, entendidas como los instrumentos para conservar el poder público o restablecerlo cuando fuere gravemente alterado; en la Constitución vigente las adquiere el Gobierno mediante la declaratoria de Estado de excepción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 212, 213, 214 y 215, estas permiten conservar el orden procurando al mismo tiempo sacrificar lo menos posible los derechos y libertades de las personas, pero estas declaratorias pueden tener peligrosas incidencias tanto en la vida democrática de la Nación como de los derechos y libertades de las personas; incidencias en sentido que los Estados de excepción han sido una institución ineficaz para conservar o restablecer el orden público político o material, ya que en algunos gobiernos se ha abusado del ejercicio de las facultades que les confiere la Carta Política, no sólo por la forma como han suspendido o restringido derechos y libertades de las personas, sino también porque han desbordado el ejercicio de facultades legislativas, con lo cual a veces en cambio de lograr el mejoramiento de la situación de orden público han contribuido a crear más malestar en la sociedad.

En tiempos de crisis, el gobierno debe asentarse sobre una base lo más amplia posible, con parlamento, partidos y una prensa libre que participen activamente en el proceso de adopción de decisiones. Esto va en contra de las frecuentes insinuaciones sobre la factibilidad de la democracia en tiempos “normales”; la fortaleza del régimen como medida que suprime la democracia; el fortalecimiento de la seguridad por medio del perfeccionamiento Constitucional y de complejas medidas precautorias, y por último, que un gobierno burocrático sin el control del parlamento garantizaría un mayor grado de eficacia a la hora de afrontar situaciones críticas.

Las posibilidades Constitucionales, una vez establecidas, llevan siempre a la tentación de utilizarlas. Aún más, tienden a inducir a las autoridades responsables (partidos y parlamento) a salir de situaciones difíciles o impopulares, echando mano de medidas excepcionales que no puedan ser justificadas ante el país. Tales consecuencias políticas y psicológicas difícilmente pueden evitarse, a menos que todos los elementos del Estado democrático permanezcan plenamente incorporados al mecanismo del gobierno de emergencia.

El Estado de excepción sigue siendo una tarea de cooperación democrática y de fe en la superioridad final de las sociedades libres con gobiernos responsables, más que un motivo para modificar Constituciones y suspender las normas fundamentales de la democracia. Por buena que sea la finalidad de tales experimentos, el retorno a la situación normal es sumamente difícil una vez señalado el camino hacia formas dictatoriales de gobierno.

La declaratoria de estos Estados de excepción, conduce a la concentración del poder en una de las Ramas del Estado como lo es la ejecutiva y si bien es cierto puede operar la teoría de frenos y contrapesos; este es posterior a la declaratoria y sumisión al control Constitucional integrado que adelanta la Corte. En esta declaratoria, el Presidente de la República en ejercicio de estas facultades extraordinarias puede llegar a producir abusos conllevando a posibles violaciones de derechos humanos; situaciones que a la postre pueden quedar en la impunidad dado que el fallo de la Corte por regla general no es retroactivo.

2.4.1 Antecedentes Históricos.

Los primeros vestigios de esta figura jurídica surgen en Roma especialmente en la época Republicana, en donde se revestía de facultades de dominio y capacidad de sometimiento al poder encarnado en el Emperador en momentos en que se pretendía desestabilizar su régimen ya constituido. Para aquel entonces, no era necesaria la adopción de medidas extraordinarias, dado que la concentración del mismo estaba inmersa en el monarca principal y hacia que éste tuviera amplias facultades en todo momento, “el Estado soy yo”.

Pero esta medida no fue solamente constituida por los romanos, la historia nos revela la presencia de dictadores en Esparta (Harwost), en Salónica (Aesymmet, en Malta (Archus), en Florencia (Balìa) quienes a través de la fuerza y medidas represivas evitaron la desestabilización del régimen en momentos de calamidad como la guerra, las epidemias y la hambruna.

Posteriormente en la Edad Media, Maquiavelo mediante su estudio “Discursos sobre la primera década de Tito Livio” (1533); después de definir la soberanía, demostró que los monarcas carecían de autenticidad soberana y que por el contrario, eran simples comisarios o tenedores precarios de un poder derivado y circunstancial. Luego, en un ensayo sobre el tema, Carl Schmitt liga la dictadura a la teoría del Estado y a la soberanía, citando de paso a Cromwell y a Napoleón como "dictadores típicos" y ejemplo claro de la atribución propia del poder.

Para mediados del siglo pasado, el Estado con el propósito de afrontar una crisis, comienza entonces a mirar la regulación de los Estados de excepción no sólo como una atribución, al gobierno de potestades extraordinarias en situaciones excepcionales que atentan contra el orden jurídico, social, económico y ecológico, sino también como un riguroso freno a los excesos del poder, en resguardo de la sociedad.

Tres caracteres emparentan a la dictadura Republicana de la antigua Roma con los modernos Estados de excepción:

Los dos modelos sólo proceden en situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del Estado.

Así mismo su duración es limitada, generalmente a seis meses, sin perjuicio de caducar anticipadamente si el peligro ha sido subsanado o ampliarlo cuando no ha sido posible repelerlo, las dos poseen una reglamentación jurídico – política.

La entrega al dictador de un poder individual, absoluto e inapelable, en el caso de Roma; la atribución al gobierno de facultades excepcionales, pero sujetas a control, en el derecho Constitucional que hoy nos rige lo que conlleva a la ampliación de la teoría de frenos y contrapesos aunque un poco tardía, pues el control Constitucional es posterior a la emisión del Decreto Legislativo.

La gran diferencia radica que en la antigua Roma, todos los derechos, incluso a la vida, quedaban suspendidos durante la dictadura. En cambio, actualmente, por consideración a los fines y objetivos del Estado Social de Derecho dentro del cual se propende por el respeto y efectividad, entre otros, sólo ciertos derechos pueden suspenderse o restringirse salvo derechos fundamentales y las medidas que adopta la autoridad son susceptibles de control jurisdiccional posterior.

2.4.2 Regulación de los Estados de Excepción en Colombia.

Los Estados de excepción, con el acontecer Nacional, se han convertido en una herramienta necesaria y suficiente para confrontar los hechos y cambios extraordinarios que atentan contra la existencia y estabilidad del Estado, por decir, el Estado de guerra exterior, conflicto interno, calamidad económica y social, entre otras situaciones gravosas que requieren de una intervención urgente.

En Colombia, con ocasión a la continua violencia inicialmente bipartidista, a los permanentes problemas de orden público ocasionados por fuerzas armadas ilegales y por las incesantes crisis económicas y sociales que se presentan durante los últimos años, se ha ostentado un continuo Estado de excepción antes denominado “Estado de sitio”.

La evolución Constitucional de esta figura se remonta desde la primera Constitución Política Nacional de 1821, en la cual se consagraba en los artículos 55 (guerra exterior) y 128 (conmoción interior) las medias con las que el Ejecutivo materializaba el control político en situaciones de guerra, crisis económica y social que así lo requiriera.

Posteriormente, las Constituciones Políticas de 1830 y 1843, no hicieron referencia expresa de los Estados de excepción, simplemente se limitaron a atribuir al Presidente de la República la función de conservar el orden interno y contrarrestar cualquier ataque exterior; pero en el intermedio de las anteriores Constituciones, en la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832 existió una regulación más integral y detallada de la conmoción interior y exterior como consecuencia de las guerras internas que vivió el Estado de la Nueva Granada.

Las Constituciones de 1853, 1858 y 1863, caracterizadas por ser de corte liberal, no se hicieron alusión expresa a los Estados de excepción, se limitó a otorgar facultades al Presidente para declarar la guerra exterior, previamente decretada por el Congreso.

En la Constitución Política de 1886 que se caracterizó por tener un corte conservador y autoritario, se reguló los Estados de excepción a través de los artículos 118 numeral 8 y 121,

otorgando al Presidente de la República amplias facultades legislativas que se podían extender en el tiempo de manera imprecisa.

En razón a los abusos cometidos por el Ejecutivo durante la vigencia de esta Constitución, fue necesario el reformar dicho articulado por medio del Acto Legislativo 3 de 1910 el cual limitó el ámbito de las normas dictadas a suspender las normas contrarias al Estado de sitio, sin poder derogar las Leyes.

“La Constitución de 1886 consagró la institución de Estado de Sitio, la Corte Suprema de Justicia se declaró inhibida para el conocimiento de fondo de los Decretos por medio de los cuales se hacía la declaratoria, prórroga y levantamiento del mismo, lo cual llevó al abuso de la figura por parte del Ejecutivo por no existir un control integral”. (Gómez M. Alfonso. Diario Económico Portafolio. 27 de enero de 2010).¹⁷

En vigencia de la Constitución de 1886, se recurrió al mecanismo del Estado de Sitio, contemplado inicialmente para manejo de situaciones de orden público, como herramienta para afrontar toda clase de circunstancias como las crisis económica, social y política. Durante 10 años, toda la legislación se expidió por esta vía por eso se habla de la “generación del Estado de sitio”. (Alfonso Gómez Méndez. Diario Económico Portafolio. 27 de enero de 2010).

Posteriormente, el Acto Legislativo No.1 de 1960 implantó el control político cuya competencia radicó en el Congreso, y un control jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Justicia condicionado a la solicitud que de ello hiciera el Congreso limitando al Ejecutivo frente a estas facultades.

¹⁷La Junta Militar de Gobierno (1953-1958) no era considerada el “Presidente de la República” es decir, carecía de la individualización del poder en un ciudadano. Por tal razón, la naturaleza jurídica de los Decretos con medidas extraordinarias dictadas por esta Junta Militar salían de la competencia de la Corte Suprema de Justicia que no tuvo otra opción que declararse inhibida. MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA, Acerca del control jurisdiccional de la reforma Constitucional en Colombia, 2005.

Es del resorte aducir que mediante el Acto legislativo No. 1 de 1968 se consagró la limitación de las facultades en el Derecho de Gentes, concepto que actualmente se conoce como Derecho Internacional Humanitario, estableciendo un control jurisdiccional automático de todas las normas dictadas por el Presidente y que competía a la Corte Suprema de Justicia en Sala Constitucional, establecer la exequibilidad e inexecuibilidad por inconstitucionalidad de las mismas; por último se creó el Estado de conmoción del orden económico o social, dado que hasta esta reforma, los Estados de excepción se limitaban a consagrarse sólo por motivos de orden público.

En competencia de este régimen el Presidente de la República en vigencia de las Constituciones anteriormente citadas fue abusivo y excesivo, conclusión que se deduce como consecuencia de la debilidad y falta de instrumentos jurídicos e institucionales que controlaran las atribuciones así como la apropiación de facultades por parte del Presidente que a la postre se tornaban injustificadas y más aún en abuso del derecho cuando no le pertenecían.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se consagró la figura del Estado de excepción de Conmoción Interior cuyo alcance ha sido determinado por la Corte Constitucional a través del control integral y definitivo sobre la totalidad de los Decretos expedidos con ocasión de los Estados de excepción, constituyéndose en el más importante límite a la actuación del Ejecutivo para que sus actos no sean contradictorios con las disposiciones Constitucionales, materializando esta forma la teoría de frenos y contrapesos.

Normas Constitucionales que encuentran su desarrollo en la Ley Estatutaria 137 de 1994; norma que regula tres tipos de Estado de excepción; guerra exterior, conmoción interior y de emergencia social y económica; legislación que se analiza así:

La Ley Estatutaria contiene los conceptos que definen el Estado de Conmoción Interior, que han sido desarrollados por la Corte Constitucional al armonizarlos dentro del contexto del

Estado Social de Derecho, de los valores y principios Constitucionales que orientan el conjunto normativo.

Este sistema ha permitido al Alto Tribunal ejercer con mayor amplitud el control Constitucional pertinente frente a los Decretos Legislativos por medio de los cuales se declara la excepción. Además en virtud del bloque de Constitucionalidad, la normatividad internacional introducida en nuestro ordenamiento jurídico Colombiano entre otros, la Convención Interamericana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos han puesto una barrera al Ejecutivo quien en aras de respetar los principios y garantías preponderantes en el Estado Social de Derecho debe ajustar no solo los hechos sino el derecho al decreto legislativo que dará vida jurídica al Estado de excepción so pena de que este sea declarado inexecutable por parte de la Corte, quien como garante de la Constitución debe propugnar por el no abuso del derecho.

El punto medular y convergente entre los Estados de Excepción, y que desató la polémica durante la Asamblea Nacional Constituyente fue el debate continuo frente al abuso por parte del Ejecutivo en la declaración del entonces “Estado de sitio”, razón que conllevó el insertar una regulación especial en cuanto a los requisitos de forma y fondo que debía cumplir el decreto legislativo para el efecto, así como los controles de Constitucionalidad cuyo objeto no es otro que el evitar la arbitrariedad y abuso del derecho por parte del Presidente, es decir, salvaguardar el ordenamiento Constitucional.

Dentro de los requisitos de forma y fondo exigidos para la existencia del decreto legislativo que declara el Estado de excepción podemos citar:

La declaratoria se encuentra en cabeza del Gobierno en pleno, es decir, el Presidente de la República y todos sus Ministros, quienes suscribirán el Decreto que motiva la adopción de medidas extraordinarias.

Se debe justificar la relación existente entre los hechos que causaron la perturbación, las razones de fondo para declararlo y las medidas legislativas tomadas para superarlo.

El decreto de declaratoria del Estado de excepción y los posteriores que se dicten en ejercicio de las facultades legislativas trasladadas al Presidente, están sometidos a control jurídico Constitucional posterior, automático e integral de la Corte Constitucional y a control político por parte del Congreso de la República.

La declaratoria de uno de los Estados de excepción por perturbación del orden económico, social o ecológico, conlleva a la alteración temporal del principio de división de poderes, dado que se concentra en el Ejecutivo la facultad legislativa a través de la expedición de Decretos Legislativos con igual jerarquía dentro de la pirámide normativa que la Ley, facultad que en términos de normalidad la ejerce el Congreso de la República.

A través de ninguna de las clases de Estados de excepción se puede modificar o suspender la Constitución, es decir, su jerarquía consagrada en el artículo 4 sobre todas las demás fuentes normativas no cesa por el hecho de la declaratoria del Estado de excepción, es decir, se mantiene incólume.

Como característica relevante se cita el efecto jurídico del Decreto en el tiempo el cual siempre lo será de manera transitoria; novedad que reguló el Constituyente de 1991, y que dado sus efectos no se perpetua como si acontecía en la Constitución de 1886.

2.4.3 Estados de Excepción a Partir de la Constitución Política de 1991.

2.4.3.1 Estado de Guerra Exterior.

Se constituye en una situación excepcional, dada por una agresión, amenaza y/o peligro al Estado Colombiano por parte de un extranjero o viceversa. En este caso se propugna por la defensa de la Constitución la existencia del Estado con sus elementos esenciales como la soberanía, independencia, integridad territorial, salvaguardar la integridad de su población y el orden legal.

La declaratoria en cabeza del Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, previa autorización del Senado, salve que sea necesario repeler una agresión en cuyo caso no requiere autorización por parte del Senado.

En este Estado de Excepción no existe límite establecido en cuanto al ejercicio de las funciones legislativas por parte del Presidente, dado que las facultades que rigen hasta tanto se declaren restablecida la normalidad. El Congreso ejercerá sus funciones Constitucionales y legales a plenitud, y el gobierno le informará, motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las Leyes incompatibles con el Estado de guerra, regirán durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformar o derogar los mencionados decretos legislativos con el voto favorable de los dos tercios miembros de una y otra Cámara. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 212).

2.4.3.2 Estado de Emergencia Social, Economía y Ecológica.

El hecho que desencadena el Estado de emergencia, lo constituye la perturbación, amenaza y/o peligro en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o una grave calamidad pública. Su declaratoria se encuentra en cabeza del Presidente, con la firma de todos los Ministros. Igual que el Estado de conmoción interior, el Estado de emergencia económica, social y ecológica, se encuentra limitado a un período hasta de treinta días en cada caso, y sumados las declaratorias de este Estado en un año calendario, no podrán exceder de noventa días.

La legislación promulgada por el Ejecutivo, tendrá como único fin, conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Su contenido deberá tener relación directa y específica

con el Estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente para lo cual deberá tramitarse como proyecto de Ley.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos Cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. En relación con aquéllas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 215).

2.4.3.3 Estado de Conmoción Interior.

La figura de la conmoción interior le permite al Presidente de la República apelar a mecanismos de excepción en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía.

En Colombia la conmoción interior no podrá decretarse por un término mayor a tres meses, prorrogable hasta por dos periodos iguales. La segunda prórroga requiere concepto previo favorable del Senado de la República.

Mediante la declaración, el Gobierno tendrá facultades estrictamente necesarias para invocar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos, a través de decretos legislativos que al día siguiente de su expedición deberán enviarse a la Corte Constitucional para su revisión de Constitucionalidad.

Los decretos legislativos solamente tendrán vigencia durante el tiempo que dure la conmoción interior. Durante su vigencia podrán suspender transitoriamente las Leyes que sean incompatibles con la situación que generó la declaratoria de la conmoción, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos humanos.

El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones Constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

La Constitución expresa que todos los decretos legislativos deben llevar la firma del Presidente de la totalidad de sus Ministros, y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado excepcional.

Las normas que se expidan no podrán suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos, de igual manera, no se podrá interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 213).

2.4.4 Regulación Supranacional Acogida por Colombia Sobre los Estados de Excepción.

2.4.4.1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto de San José.

Incorporados a la legislación Colombiana a través de la Ley 74 de 1968 y Ley 16 de 1974 respectivamente, estos Instrumentos Internacionales consagran principios que deben regir la regulación interna sobre Estados de excepción:

Principio de legalidad: existencia previa a la declaratoria del Estado de excepción, de la norma Constitucional o legal que regule los requisitos para ello así como normas que permitan su control.

Principio de proclamación: obligación por parte de la autoridad competente para declarar el Estado de excepción, de poner en conocimiento público la medida y todas las que a futuro se tomen.

Principio de notificación: “obligación de los Estados miembros, de informar a los demás Estados, a través de la ONU y la OEA de la declaratoria del Estado de excepción, las razones que se tuvieron en cuenta para ello y las medidas tomadas” (Artículo 4 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 del Pacto de San José).

Principio de temporalidad: las medidas tomadas y el desequilibrio entre los poderes públicos que ellas generan deben ser temporales, sin que pueda existir abusos de los términos para tal fin dado que se entraría en contradicción con el principio de legalidad.

Principio de amenaza excepcional: Las razones que dan lugar a la toma de medidas excepcionales deben tener una fuerza y entidad que sean razonables para la toma y ejecución de las medidas extraordinarias.

Principio de proporcionalidad: Consiste en la adecuación o concordancia entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis que se pretende afrontar.

Principio de no discriminación: Las medidas adoptadas no pueden conllevar ninguna forma de discriminación.

Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del Derecho Internacional: Las medidas tomadas, deben respetar en todo caso los derechos consagrados en los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos. (Convención Americana Sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Aprobado en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969).

2.4.5 Derechos Humanos Frente a los Controles y Garantías Internas de los Estados de Excepción.

Dentro del estudio de los Estados de excepción, es de relevancia el estudio de los controles existentes, dado que a través de estos se limita el poder supremo que se le otorga al Ejecutivo, control cuya competencia también les está atribuida al legislativo y al jurisdiccional con el fin de frenar el poder dominante del Ejecutivo, aquí, cobra la teoría de los frenos y contrapesos, en la medida en que las otras dos ramas del poder público deberán inmiscuirse en el asunto a fin de garantizar la prevalencia de los derechos humanos, contando por demás con la aplicación de algunos controles como:

Control político: El Congreso de la República como órgano político y legislativo ejerce plenamente sus funciones en las épocas en que se declara un Estado de excepción. Es de su competencia el ejercer el control político de los actos del gobierno en general y específicamente el control de los Estados excepcionales.

Entiéndase el control político como el análisis que realiza el Congreso de la República sobre los actos del gobierno; análisis que se contrae en establecer la conveniencia, oportunidad,

entre otros, sobre las medidas adoptadas por éste, con el fin de contrarrestar la concentración del poder en el Ejecutivo y los posibles abusos del mismo; consecuencia de ello el Congreso puede modificar las decisiones adoptadas por el gobierno, dado que existe igual jerarquía entre los Decretos Legislativos que dicta éste en los Estados de excepción y la Ley emanada por los Congresistas.

Control Jurídico Constitucional: Comparación lógico-jurídica que realiza la Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Carta Política, frente al acto que declara el Estado de excepción y de cada una de las medidas adoptadas para invocar la crisis tanto por su aspecto formal como sustancial.

Este control está caracterizado por ser automático, es decir, no requiere de petición (demanda) de cualquier ciudadano para que se dé inicio al proceso de Constitucionalidad ya que una vez expedidos los Decretos Legislativos el gobierno debe enviarlos a la Corte para que ésta se pronuncie, en otras palabras, conlleva a que el control Constitucional sea posterior e integral.

La Corte Constitucional ha disentido con la Corte Suprema de Justicia y ha sostenido que el control de Constitucionalidad se extiende tanto a los aspectos de fondo, como a los de forma de los decretos legislativos que declaran los Estados de excepción. En otras palabras, los hechos que en concepto del Gobierno son perturbadores del orden público, son también objeto del control de Constitucionalidad, en el sentido de que los decretos legislativos que los contemplan en la motivación pueden ser declarados inexecutable, en el caso de que dicha Corte llegare a discrepar del criterio del Ejecutivo.

Lo expuesto se pone en evidencia en la Sentencia C-004/92, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en el cual la Corte Constitucional expresa: “ si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un Estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales; y más aún, que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo”.

Según lo anterior, el control jurídico Constitucional debe ser integral y no parcial o limitado a uno solo de los aspectos de la Institución, cual es el mero procedimiento formal como quiera que la defensa atribuida a esta Corte por las normas aludidas, no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella.

En Sentencias C-300/94 y C-466/95 del 18 de octubre de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional reiteró la anterior posición doctrinal y retoma el Artículo 241 de la Carta Política el cual replica la competencia de la Corte Constitucional en salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos en que este articulado se refiere.

2.4.6 Limitaciones Posibles a los Derechos Humanos en los Estados de Excepción.

Con la existencia de las situaciones extraordinarias y gravosas que son la base primigenia para la expedición de los Decretos Legislativos, se debe desprender la toma de unas medidas para modificarlas y volver al Estado de normalidad, dentro de las facultades existentes en los Estados de excepción en ningún momento se puede suspender la vigencia de los derechos humanos. Únicamente es posible una restricción en su ejercicio sin llegar a eliminarlos, negarlos o derogarlos, generando una posibilidad de abuso ante la negación y restricción de los mismos.

2.4.7 Estados de Excepción Durante los Últimos Gobiernos.

Durante el Gobierno del General Rojas Pinilla (1957) se mantuvo el Estado de Sitio a causa de la guerra entre los partidos políticos tradicionales, finalizando este periodo presidencial se firmó el acuerdo de paz en el cual se fijó la alternación del poder y superar de esta manera el enfrentamiento que dejó por los menos 300.000 muertos (Tirado Mejía, 1995: Pág. 174).

Esta transición fue llamada el Frente Nacional y lo inaugura el Presidente Alberto Lleras Camargo (1958- 1964) el cual manifestó su intención de instaurar un régimen democrático y borrar un pasado que estuvo marcado por el fundamentalismo y autoritarismo estatal. Para tal efecto, logra que el Congreso incorpore mediante la Ley 141 de 1961 la legislación de excepción que había sido promulgada durante los anteriores nueve años.

Con ocasión a la persistencia de la violencia y la crisis económica el Presidente Lleras decretó en cinco oportunidades el Estado de Sitio mediante el cual el Ejecutivo obtiene prerrogativas legislativas especiales para establecer el orden público turbado.

En el gobierno del Presidente Guillermo León Valencia (1962-1966) se declara el Estado de Sitio en mayo de 1963 con el objetivo de controlar un paro cívico en la zona petrolera de Santander, para esta época los movimientos estudiantiles y obreros comienzan a tener fuerza en un contexto nacional e internacional propio para las reivindicaciones sociales y políticas.

Por esta década los Estados de Sitio cambian de objetivo, se deja de lado la expedición de estos decretos por problemas de violencia y se da paso a la expedición motivada por el carácter perturbador que generan las manifestaciones ciudadanas, obreras y estudiantiles.

En el año de 1965 se declara nuevamente el Estado de Sitio en todo el territorio con el objeto de combatir en la ciudad de Medellín una manifestación de estudiantes que repudiaban la invasión de los Estados Unidos a Santo Domingo, en este periodo se crearon los consejos militares de guerra, encargados de juzgar a los civiles por ciertos delitos relativos al orden público, la lista de delitos de conocimiento de los tribunales castrenses se fue ampliando a medida que pasaron los años y que la excepción Constitucional fue ganando tiempo e importancia.

Esta jurisdicción fue declarada inconstitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia en 1987 y fue reemplazada por los jueces especializados. Este Estado de Sitio también fue utilizado para intervenir en el ámbito económico por medio de una reforma laboral, la cual no fue impedimento para que se realizaran protestas cívicas.

Para el periodo presidencial de Carlos Lleras Restrepo (1966-1970) fue necesario el uso frecuente de esta facultad extraordinaria para el restablecimiento del orden público. En el cambio de gobierno se hereda el Estado de Sitio decretado en mayo de 1965 el cual lo utiliza para enfrentar las manifestaciones de estudiantes, obreros e infiltraciones de guerrilla.

Dentro de los muchos que se decretaron dentro de este periodo encontramos: decretos que restringieron el derecho de reunión, se prohíbe toda publicación que incite a subvertir el orden público, se detienen sin orden judicial a un sin número de personas, se autoriza al DAS para elaborar listas de sospechosos que se encuentren vinculados con actividades subversivas y se prohíbe visitar Cuba.

A partir de 1967 disminuye notoriamente la producción de decretos de excepción, el Presidente ratifica la importancia de levantar la anormalidad Constitucional, pero esto queda condicionado a la expedición de una legislación económica que contenga las medidas de excepción dictadas precedentemente, esto quedo plasmado en la Ley 48 de 1968.

Para 1970, en medio de unas controvertidas elecciones que dan por ganador al candidato conservador Misael Pastrana Borrero se acude nuevamente al Estado de Sitio el cual se declaró el 21 de abril para mitigar las protestas populares.

El gobierno de Misael Pastrana restablece la normalidad Constitucional, aunque en febrero de 1971 el Estado de Sitio se declara nuevamente en todo el territorio aduciendo amenaza de huelga estudiantil y de profesores en la Universidad del Valle; con esta declaratoria se afianzan aun mas las restricciones a la libertad y son dirigidas a contener las manifestaciones populares, para este momento la guerrilla no aparece como factor directo de violencia.

En agosto de 1974 se posesiona como Presidente Alfonso López Michelsen, su desprestigio personal y la crisis económica que afrontaba el país en ese entonces dio lugar a decretar el 12 de junio de 1975 el Estado de Sitio en los departamentos de Antioquia, Valle y Atlántico,

dos semanas después por el mismo motivo se decreto para todo el país, con esto se restablecen los consejos de guerra y se aumenta considerablemente la lista de delitos.

Para el periodo presidencial de Julio Cesar Turbay (1978-1982) no fue necesario decretar el Estado de Sitio, debido a que su periodo comenzó en anormalidad Constitucional y así se mantuvo hasta un mes antes de entregar la presidencia, para lo cual el Presidente saliente Turbay levanta la excepción y entrega el país es Estado de normalidad. Este gobierno fue considerado como una dictadura Constitucional, ya que un mes después de su posesión se expidió el decreto 1928 de 1978 más conocido como el Estatuto de Seguridad, con el se crearon mas sanciones, aumentaron las penas, se otorgaron nuevas competencias judiciales a las fuerzas armadas, se hizo amplio uso al derecho de retención consagrado en el Artículo 28 de la Constitución, el cual facultaba a las autoridades durante el Estado de Sitio para privar de la libertad a quienes fueran sospechosos de atentar contra la paz pública.

A partir de 1982 con la implantación del estatuto de seguridad, la estrategia represiva del Estado parece haberse agotado, la creciente oposición nacional e internacional contra las violaciones a derechos humanos en el gobierno de Turbay, para este tiempo la guerrilla había crecido lo suficiente para comenzar a debilitar al gobierno.

Belisario Betancourt (1982-1986) entra en un nuevo periodo presidencial y crea la comisión de paz, proclama una amplia Ley de amnistía, emprende diálogos con grupos armados al margen de la Ley y firma acuerdos de desmovilización, con lo anterior modifica el marco político y jurídico de la acción represiva precedente la cual ya no podía llevarse a cabo por medios institucionales, abiertos y legales.

La situación institucional se complica con el asesinato del ministro de justicia Rodrigo Lara Bonilla, con esta acción el Estado de Sitio es declarado y a partir de este momento inicia el periodo de la guerra contra el narcotráfico.

En 1987 durante el gobierno de Virgilio Barco Vargas (1986-1990) la Corte Suprema de Justicia declara inconstitucional la competencia de la justicia militar para juzgar civiles y se

crea entonces la jurisdicción especial del orden público, muchas de las disposiciones plasmadas en el estatuto de seguridad quedan nuevamente incluidas en un nuevo paquete normativo conocido como el Estatuto de la defensa de la democracia; este nuevo instrumento faculta a la fuerza pública a realizar allanamientos sin orden judicial previa, medida que después la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional. Este fue un periodo presidencial donde de principio a fin se estuvo en Estado de sitio argumentado en la guerra que se había generado a raíz del narcotráfico.

Con lo anterior llegaron los asesinatos políticos y desapariciones, el asesinato del dirigente político Carlos Pizarro del movimiento M-19, el candidato a la presidencia de la Unión Patriótica Bernardo Jaramillo, el candidato liberal Luis Carlos Galán, pero esta eliminación selectiva no sólo afectaba a clase dirigente, también afectó a los periodistas con el asesinato del director del espectador Guillermo Cano.

En 1992 mediante el Decreto No.1793 de noviembre 8, el Gobierno Nacional en cabeza del Presidente Cesar Gaviria (1990-1994) se decretó el Estado de conmoción interior por noventa días. Dicha norma ya ha sido prorrogada dos veces por idéntico término, para un total de 270 días, que es el máximo posible. En virtud de la declaratoria de dicho Estado de excepción Constitucional se expidieron una serie de decretos con fuerza de Ley, orientados: al fortalecimiento de la justicia, el control de los lazos de colaboración de funcionarios territoriales y contratistas del Estado con las guerrillas, al control de la difusión de informaciones de las guerrillas y el narcotráfico, a las compensaciones de las víctimas de actos terroristas y, por último, al fortalecimiento de los presupuestos para seguridad.

Ernesto Samper (1994-1998) se valió de estas medidas extraordinarias en tres oportunidades, dos de ella por conmoción interior y una emergencia económica.

En agosto de 1995 se decretó la conmoción interior para enfrentar la problemática con la guerrilla, medida que la Corte consideró como inconstitucional y que el Presidente Samper a los pocos días en que fue sancionado el fallo generó una nueva declaración aduciendo la

escalada guerrillera y agravamiento de los factores de perturbación del orden público agravado en ese entonces por el asesinato del líder conservador Álvaro Gómez Hurtado.

Durante el periodo de Andrés Pastrana (1998-2002) no fue utilizado el Estado de Conmoción Interior, en cambio se declaró la Emergencia Económica tras la crítica situación hipotecaria por el UPAC y una grave iliquidez del sistema bancario. Fue cuando se creó el impuesto del cuatro por mil a las transacciones bancarias, que posteriormente se amplió en un punto para atender la emergencia originada con el terremoto que afectó a la ciudad de Armenia en enero de 1999.

Posteriormente Álvaro Uribe dentro de sus dos mandatos presidenciales (2002-2010) ha decretado dos Estados de conmoción interior, el primero el 11 de agosto de 2002 con ocasión a la gravosa situación que se mantenía con las fuerzas armadas ilegales y que permitió dar inicio a la política de seguridad democrática y el siguiente el 11 de octubre de 2008 a consecuencia del paro judicial que vivía el País; para ese mismo año, se dicta el primer Estado de emergencia económica y social la cual fue motivada por los continuos fraudes de captadoras ilegales de dinero entre las cuales sobresalieron DMG (David Murcia Guzmán) y DRFE (Dinero rápido, fácil y efectivo). Mediante esta declaratoria se prohíbe la captación de dinero por entidades que no estén debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera y la designación como delito de la retención de dinero de un tercero.

Para diciembre de 2009 el gobierno decretó nuevamente el Estado de emergencia con el propósito de subsanar los problemas de financiación del sector salud, expide una serie de medidas que tenían el propósito de obtener recursos pero a la vez desconoció gravemente el derecho a la salud y por ende a la vida de los colombianos. Esta medida fue declarada como inconstitucional por la Corte.

3 MARCO JURIDICO

Constitución de Colombia de 1886 La cual rigió la vida Constitucional de Colombia desde finales del siglo XIX hasta finales del siglo XX cuando fue derogada por la Constitución de 1991. Nació en el marco de la llamada Regeneración liderada por el Presidente Rafael Núñez y a su vez derogó la Constitución de 1863, La Constitución fue proclamada el 5 de agosto de 1886, abolió el federalismo, creó un Estado unitario, administrador en lo social y económico, dividió el poder en tres ramas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial), el periodo presidencial se extendió a seis años y posteriormente en la Reforma de 1910 redujo el período presidencial de 6 a 4 años, prohibió la reelección inmediata de los presidentes, eliminó la figura del vicepresidente y la reemplazó por la de un designado que sería elegido por el congreso.

En su texto original se encuentra en los artículos 118 numeral 8 y 121 el cual reguló la figura de Estado de Sitio, otorgando al Presidente amplias facultades legislativas y limitando en el tiempo, de manera imprecisa, dichas facultades.

Constitución Política de 1991 Esta promovió espacios para la participación ciudadana y estableció un modelo democrático participativo, basado en el reconocimiento legal de los derechos fundamentales de todos los Colombianos y en la cual existe una clara diferenciación entre Estado de Sitio de la Constitución de 1886, y los llamados Estados de Excepción de la de 1991, algunos tratadistas como Jacobo Pérez Escobar y Luis Carlos Sachica consideraron que el constituyente de 1991 dividió la figura de Estado de Sitio en Estados de Conmoción Interior, Guerra Exterior y Emergencia Económica, Social y Ecológica; lo cierto es que la erradicación de la figura contemplada en el artículo 121 de la

carta de 1886 fue uno de los éxitos de la constituyente de 1991, no sólo por el inmenso valor jurídico y político, sino por el social.

Ley 137 de 1994 o Estatutaria de los Estados de Excepción reglamenta (Artículos 8 al 15) la necesidad de justificación expresa de la limitación de los derechos Constitucionales en los Estados de excepción, y consagra los principios de legalidad, proclamación, proporcionalidad, principio de compatibilidad, no discriminación los cuales serán abordados en el capítulo sexto al hablar sobre la regulación supranacional acogida por Colombia sobre los estados de excepción.

De igual manera que deben satisfacer las medidas legislativas. De igual forma establece expresas prohibiciones como límites materiales al ejercicio del poder legislativo en manos del Ejecutivo, dándosele especial atención a la prohibición de discriminación, como presupuestos, todos ellos, que deben ser verificados en el ejercicio de control de Constitucionalidad de las medidas implementadas bajo el amparo de un Estado de excepción.

Ley 5 de 1992 o reglamento del Congreso: El Senado y la Cámara de Representantes y en su artículo **Art. 311** establece la facultad a la Cámara de Representantes entre sus funciones la de preparar proyectos de Acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas Constitucionales al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y del Consejo de Estado, a los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.

Jurisprudencia Internacional y Nacional La importancia de la jurisprudencia en el proceso de evolución de la Responsabilidad Estatal es fundamental; por ser la trascendencia de sus fallos lo que originó su desarrollo, por cuanto permitió llegar a establecer una jurisdicción administrativa, promoviendo el auge de cubrimiento a los demás actuaciones del Estado.

Sentencias que sentaron las bases para el mundo occidental en materia de lo que hoy se conoce como Responsabilidad Extracontractual del Estado. En cuanto a la Jurisprudencia Nacional se tomaron en cuenta diferentes fallos permitiendo observar la dualidad que se presentó en el transcurso de la historia por haber correspondido a dos entes judiciales proferir fallos con relación a la Responsabilidad del Estado, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

4 MARCO METODOLÓGICO

4.1 Tipo de Investigación.

La investigación (Sampieri, Baptista, 2000, p. 50) está ubicada dentro de la metodología de carácter documental¹⁸, aquí podemos referirnos a la investigación cualitativa, la cual estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales, o instrumentos de una determinada situación o problema, lo anterior conlleva al análisis minucioso de un problema en particular, se interesa en saber, las causas y el porqué. (Tomado de internet http://ponce.inter.edu/cai/reserva/lvera/INVESTIGACION_CUALITATIVA.pdf).

El proceso investigativo estuvo enfocado hacia el estudio teórico histórico y normativo de la responsabilidad del Estado, la información seleccionada permitió definir conceptos y referirnos a distintos enfoques que tienen los diferentes autores sobre el problema analizado, las fuentes seleccionadas libros, tesis doctrina y jurisprudencia son representativas del desarrollo de este tópico, los cuales nos ayudaron a una mejor comprensión del tema, de manera complementaria se incluyó un análisis, para su apoyo argumentativo, a través de un trabajo estadístico con base a los fallos emitidos por la Constitucional frente a los decretos de conmoción interior emitidos por el Ejecutivo en virtud del artículo 214 de la Constitución Política., estableciendo una interacción entre los objetivos del estudio y la realidad.

La investigación como se había referido antes es de carácter documental – descriptivo, lo cual conlleva a revisar los tipos de investigación, que para el caso fueron exploratorios, explicativos y descriptivos.

¹⁸La investigación documental consiste en detectar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que parten de otros conocimientos y/o informaciones recogidas moderadamente de cualquier realidad, de manera selectiva, de modo que pueden ser útiles para los propósitos del estudio.

En una primera fase se puede identificar un nivel de carácter exploratorio, según Roberto Sampieri en su Obra Métodos de la Investigación, este nivel se efectúa normalmente “cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes” (Sampieri, 2003, p.58). La responsabilidad del Estado ha sido abordada innumerables veces desde sus orígenes hasta su ampliación a las diferentes etapas del Estado, pero el tema de la responsabilidad derivada por la declaratoria de inconstitucionalidad de los Estados de excepción ha sido poco investigada, tal como se evidencio dentro de la investigación, su desarrollo se limita al establecimiento de la responsabilidad por el hecho legislador sin profundizar en las facultades extraordinarias del Ejecutivo para legislar en virtud de la declaratoria de los Estado de emergencia.

En consecuencia este nivel aplica a la investigación, con relación al reconocimiento e identificación de los tópicos que dieron origen a la responsabilidad del Estado y su despliegue a las diferentes actividades del Estado, tomando principalmente su origen y evolución que fue de desarrollo jurisprudencial a nivel internacional

Siguiendo el texto del Profesor Sampieri él habla de un carácter descriptivo el cual busca especificar propiedades importantes del fenómeno o situación que está sometida a análisis, con lo anterior dentro de la investigación se configuro una segunda fase la cual se encuadra en este nivel, ya que buscó plantear los elementos y características que son objeto de la investigación, es decir, se tomo la fundamentación teórica sobre responsabilidad e irresponsabilidad del Estado, pasando por un análisis sobre la subjetividad y objetividad de ésta, con el fin de identificar la posible responsabilidad del Estado en tratándose de emisiones de decretos de conmoción interior, los cuales han sido declarados inexecutable por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que, ésta a su vez, debe emitir su concepto basándose dentro del contexto de Estado Social de Derecho

Es importante destacar que el carácter descriptivo en este punto, enmarca el estudio de diferentes autores los cuales se retomaran más adelante, explicando el por qué era importante referirlos y cuál es la relación directa que se construye dentro de la presente monografía.

Por último se encuentra el nivel explicativo, más allá de la descripción de conceptos, lo que busca es responder a las causas de los eventos sociales, como su nombre lo indica intenta explicar porque ocurre este fenómeno y en que situaciones se da este. (Sampieri, 2003, p.64).

En la investigación este nivel actúa en la búsqueda de responder las causas que generan el cuestionamiento del por qué no se dan los presupuestos para que se tenga el control deseado sobre este suceso, adicional a esto, revisar su utilización y aplicación en los diferentes periodos presidenciales y el carácter que establece la legislación actual.

Consecuentemente con lo descrito en los capítulos antecesores, se buscó mediante las diferentes teorías de Responsabilidad, el estudio previo de los Estados de Conmoción Interior, el análisis de sentencias, explicar su conducta y generar postulados críticos sobre la materia.

4.2 Métodos de Investigación.

Para determinar el método utilizado en la presente monografía, se debe empezar enmarcando la importancia de la correcta utilización de métodos de investigación para cualquier análisis que se desee iniciar.

Los métodos de investigación ayudan en la investigación a la correcta utilización de los recursos que se tienen y los que se pueden llegar a utilizar, solo con la utilización de métodos de investigación se puede clasificar la información y la pertinencia que está tiene sobre lo que se está analizando.

Dentro de los métodos de investigación se encuentran; el método deductivo, inductivo, histórico analítico. Respecto al desarrollo de la investigación, podemos señalar que se utilizaron principalmente dos métodos: El Histórico y el Analítico.

El primero está vinculado al conocimiento, a la sucesión cronológica para conocer la evolución y desarrollo de lo que se está investigando, con este método se analizan principalmente teorías las cuales ayudan a la conformación de criterios sustentados en el análisis de estas y su despliegue a través de la historia. (García, 1989, p.56).

La relación directa con la investigación se fundamenta en la existencia de la responsabilidad del Estado, través del estudio de las diferentes teorías, su aplicación y sustento en el transcurso del tiempo y desarrollo de la praxis jurídica, (Arellano, 2001, p. 217).

El método analítico está relacionado a la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. Carlos Arellano García señala que si existen antecedentes históricos, el estudiante de derecho está obligado a explorarlos en su trabajo de investigación a exponer lo que ha servido de base a las instituciones actuales, Este método nos permite profundizar en el objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

En cuanto a la investigación, el método analítico ayudó a identificar y analizar los elementos propios que caracterizan su consagración en la Constitución política de 1991 y el desarrollo del daño antijurídico en la jurisprudencia Nacional. Además, el análisis al tratamiento que se da a la consulta ante la Corte Constitucional sobre la inexecutable o executable de los decretos de Estado de Conmoción Interior.

El análisis se delimito respecto de la aplicación de los decretos de Estado de conmoción interior con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y los fallos de inexecutable

o exequibilidad de la Corte Constitucional, con fin de dar una vista más amplia a la problemática que desencadena esta falta de precisión y aplicación por parte del ente encargado y el cual está sustentado en la Carta Política.

4.3 Fuentes e Instrumentos de Recolección de Datos.

Una vez confrontadas las fases anteriores, y en relación a la investigación documental realizada, se utilizaron fuentes de investigación histórica, las cuales dieron una aproximación y panorama sobre cómo fue concebido el Estado de excepción de conmoción interior, su origen y el entorno en el cual se fundamentó históricamente, para este primer avance dentro de la investigación se tomó como referencia a los autores Giorgio Agamben y Carl Schmitt, los cuales realizan una aproximación histórica a este fenómeno jurídico. Carl Schmitt fue el primero en establecer la relación entre el Estado de excepción y la soberanía, un tema que prevalece dentro de esta investigación, lo anterior obedece a que en un principio Schmitt define al soberano como el que decide sobre el Estado de excepción, y con este postulado se empieza a construir una teoría de Estado de excepción, por su parte Giorgio Agamben propone al Estado de Excepción como la forma legal de lo que no puede tener forma legal (Agamben, 2004, p. 10), aunque en su discurso sobre este, argumente que la anormalidad es la forma normal de gobernar, con lo anterior se encuentran las primeras aproximaciones sobre el tema.

En un segundo lugar y teniendo como precedente la historia, se encuentra el papel que ha jugado la Doctrina jurídica en la confección del presente, en tanto y en cuanto ha permitido hacer uso de la información con un respaldo jurídico y legitimidad en relación a lo expresado. Exponentes de la doctrina de la responsabilidad estatal como el profesor español Eduardo García Enterría, quien influenció notablemente la consagración del daño antijurídico en la Constitución Política de 1991, Juan Carlos Henao por su parte analizó ampliamente el fenómeno de responsabilidad extracontractual del Estado y el daño ocasionado en los casos donde el Estado ha sido culpable.

Es importante resaltar a los autores Mauricio García Villegas y Bounaventura de Sousa Santos los cuales han ahondado notoriamente este tema desde el punto de vista socio jurídico, en su libro *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, realizar un análisis sobre lo que ha ocurrido en nuestro País desde los tiempos del General Rojas Pinilla, analizando periodo a periodo presidencial y dando una explicación desde el punto de vista socio jurídico el fenómeno de la excepcionalidad, la cual al parecer es lo que hace muchos años anuncio Agamben en su Obra *Hommo Sacer* (2004), que la anormalidad es el Estado normal de gobernar.

Continuando con el método de recolección de información, está también se obtuvo mediante, literatura sobre derecho, tomando como referentes otros autores como los Hermanos Mazeud quienes ahondaron en el elemento de culpa como factor determinante de la responsabilidad, revista *Jurisprudencia y Doctrina* que suministraron información sobre las sentencia más destacadas en cuanto a responsabilidad del Estado, memorias y documentos en línea que desarrollan las temáticas generales de la consulta. Además del análisis jurisprudencial, el cual hace parte del proceso documental, se realiza el estudio de sentencias, las cuales servirán como sustento fáctico del fenómeno de los Estados de excepción, con estas lo que se quiere medir de una manera sistemática cuantos Estados de excepción han ocurrido en nuestro país, de estos cuantos han sido declarados inexecutable y se analizan las razones por las cuales se han tomado estas decisiones en cabeza de la Corte Constitucional.

Dentro del análisis jurisprudencial en Colombia se identificaron tres periodos, el primero que comprendió la etapa en donde el Consejo Estado ostentaba una competencia residual, la segunda que empieza en 1964 hasta expedición de la constitución de 1991 con una competencia general, y el último periodo que inicia con la consagración Constitucional del principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado y la introducción de daño antijurídico. Determinando la concepción de la responsabilidad del Estado, su interpretación y aplicabilidad en los diferentes periodos,

Las sentencias seleccionadas fueron fallos proferidos entre los años 1991 -1997 años en los que la Corte y el Consejo de Estado hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas. Consecuencialmente se seleccionaron fallos considerados hito en materia de control Constitucional a los Estados de excepción y que fijaron parámetros generales para el tratamiento de este tópico.

4.4 Análisis de la Información.

El procesamiento de la información recogida se realizó a través de un procesamiento cualitativo. En sentido más amplio se ejecutó un procesamiento de datos, atendiendo a cualidades de cantidad de información, verificando su contenido y realizando una clasificación para que de esta manera se realizara una categorización de fuentes.

Es así que en relación a la investigación documental la información cualitativa una vez obtenida por medio de la clasificación y pertinencia de fuentes, será expuesta por medio de la escritura, redacción y conclusiones del análisis del tema, es importante resaltar que este proceso se realizará verificando como se había referido antes la pertinencia de la información y el análisis que se genere por parte del equipo de investigación.

Por otra parte, es importante resaltar el proceso realizado con las sentencias que ha emitido la Corte Constitucional, ya que mediante este análisis se ha podido determinar el uso frecuente de la figura en el país, las consecuencias que generan y de estos cuantos se han declarado exequibles, inexecutable, con estas sentencias especialmente se realizó un trabajo de análisis documental, el cual arrojó unos resultados, los cuales reflejan la reincidencia de la problemática que se está planteando en el presente trabajo, que mostró este análisis que de un millar de decretos declarados inexecutable por la Corte Constitucional, no existe hasta el momento un solo proceso de responsabilidad política, esto también lo puede soportar la respuesta a un derecho de petición que se presentó a la Cámara de Representantes Comisión

de acusación, la cual en su escrito expone que hasta el momento y en los últimos diez años no se ha procesado al Presidente por este hecho.

5 CONCLUSIONES.

Dada la evolución del Estado donde se encuentra la etapa de absolutismo, se pregona la irresponsabilidad Estatal, asimismo, la organización como el ejercicio del poder político se encontraban concentrados en un solo poder, y, en definitiva, no existía como tal un poder judicial independiente ya que la concepción de irresponsabilidad frente a las actuaciones de la administración era eje fundamental del Estado.

Los gobernantes, generalmente monarcas o sus delegados, fueron por mucho tiempo los encargados de resolver los conflictos judiciales. El Leviatán concentra el poder, monopoliza la coacción y es ilimitado por definición (Anderson, 1974). Para Hobbes "... es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que pueden surgir respecto a la Ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos" (Hobbes, 2001, p. 147).

El Estado Absolutista, fue sustancialmente transformado por las revoluciones y reformas liberales. Así, el reconocimiento de la responsabilidad del mismo y la independencia de la justicia son tan sólo algunos de los postulados antimonárquicos de la época del establecimiento del Estado burgués de derecho" (Simón, 1985, p.9). El Estado liberal, entonces, se esforzó en limitar el ejercicio del poder político y en garantizar las libertades individuales. Rodrigo Uprimny afirma que: "... los riesgos de ese monopolio de la violencia, en términos de opresión al individuo y a la sociedad, obligan a someter la coacción estatal a reglas que aseguren los derechos ciudadanos: el Estado deviene Estado de derecho" (Uprimny, 2002, p. 63). En el Estado liberal el poder controla al poder y se limita por el derecho.

Pese a esta evolución y la transformación de Colombia de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho y la consagración de la responsabilidad como principio de las actuaciones

de Estado – art. 90 C.P. -; continua la presencia en cuanto se refiere a la irresponsabilidad del Ejecutivo como rama del poder público, pues, aún con los cambios sustanciales a la figura de Estado de sitio consagrada en el artículo 121 de la constitución del 1886, que se supone desterraron los abusos en su utilización, cambiándola por la figura de Estado de excepción con una serie de controles y de limitaciones que antes no existían, imponiéndola exclusivamente para afrontar temas atinentes al orden público, Estado de guerra o conmoción interior y emergencia social.

El Estado Colombiano ajustó Constitucionalmente la figura para garantizar en todos los casos los derechos humanos, tratando de enmendar los errores cometidos en vigencia de la anterior constitución, adoptando medidas para mejorar su control. En el ámbito internacional la Convención Americana de Derechos Humanos, (CADH), expone que durante los Estados de excepción son susceptibles de limitación algunos derechos humanos, salvo, el derecho a la vida, la personalidad jurídica, la integridad personal, la prohibición de esclavitud, el principio de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la Ley penal, la libertad de conciencia y religión, la familia, el nombre, los derechos de la niñez, la Nacionalidad, los derechos políticos, ni las garantías judiciales necesarias para defender estos derechos, (Art. 27 N° 2 CADH), de manera que hablamos de una lista explícita de derechos que no pueden ser restringidos o suspendidos durante el régimen de excepción.

Una limitación adicional ha sido la establecida por la carta política y desarrollada por la Corte Constitucional, en el sentido de prohibir que las medidas del Estado de excepción vulneren el núcleo esencial¹⁹ de los derechos, incluidos aquellos respecto de los cuales la Convención Americana y el Pacto, permiten la restricción, es decir, aún los derechos limitados no pueden ser desconocidos en su núcleo esencial y por ello, establece un límite adicional, un “límite a

¹⁹“El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. ...Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose”, referencia de la Corte Constitucional, sentencia C - 179 de 1994.

la limitación de los derechos fundamentales bajo el régimen de excepción: que, ni siquiera en aquéllos cuya restricción está permitida, se vulnere su núcleo esencial”.

En relación con la justificación de las medidas adoptadas por el gobierno durante el Estado de Excepción, estas deben tener conexidad directa con las causas que dieron origen a la declaración del régimen excepcional, este, “es un requisito Constitucional de ineludible cumplimiento”.

El marco jurídico de los Estados de Excepción reconoce mayores facultades al Ejecutivo en el ejercicio de sus competencias, sin embargo, los poderes discrecionales que establece la Constitución Política para estas situaciones están sujetos a distintos tipos de controles políticos y jurídicos y la limitación de los derechos paradójicamente solo tiene como objetivo restablecer el ejercicio pleno de los mismos. Fuera de estas condiciones, todo Estado de Excepción resulta inconstitucional.

Aunado a ello, el principio general de responsabilidad elevado a rango Constitucional en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, determina los lineamientos sobre la responsabilidad, con este artículo, el problema de determinar esta responsabilidad quedaría completamente cubierto y sería de aplicación para cualquier tipo de abuso por parte de los gobernantes de turno, pero la realidad es otra, la responsabilidad en el Estado es de conveniencia y cuando nos encontramos frente a un Estados de Excepción vemos que este artículo no es eficaz, se vulneran infinidad de Derechos Fundamentales tales como el derecho a la salud, al trabajo, a la libertad, al debido proceso entre otros, la Corte Constitucional al momento de revisar estos decretos, ha determinado en diversas ocasiones su inexecutable por inconstitucionalidad.

Según Alfonso Gómez Méndez ex fiscal general de la Nación, La democracia Colombiana sigue estando “bloqueada”, mientras no se desarrolle el concepto de responsabilidad política. En cualquier país del mundo, cuando se produce un fallo del más alto tribunal Constitucional en el sentido de que un Gobierno hizo uso indebido de una facultad Constitucional, los

autores responden políticamente, y más aún si esa persona encarna o forma parte integral de una Institución Gubernamental. (Tomado periódico Portafolio, Publicado el 04 febrero de 2009)

Posición que dentro del Estado Social de Derecho, se encuentra ausente, pese a las normativas Constitucionales y legales, los miembros de las instituciones gubernamentales, tal como el Presidente de la República, no es objeto de acusación por responsabilidad política, no porque no existan los medios legales para ello, contrario, pese a la existencia de tales instrumentos, estos se ven tergiversados tal como se refleja, entre otros, con la respuesta de los miembros de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Honorable Cámara de Representantes, que concluyeron de manera general que no existe ningún proceso en trámite por la declaratoria de inconstitucionalidad de estos decretos. La Corporación considera, que no le atañe responsabilidad alguna al Ejecutivo al expedir un decreto que posteriormente sea considerado inconstitucional, - Teniendo en cuenta que está facultado para ello, adicionalmente cimientan su respuesta en que no existe fundamento legal que los obligue a iniciar de oficio la investigación correspondiente. Señal indefectible de los grandes rezagos del poder absolutista reinante en un Estado Social de Derecho, situación que se torna inconcebible desde todo punto de vista social, Constitucional y legal.

Colofón se percibe, como para los Representantes, los Partidos Políticos, medios de comunicación, entre otros, que están inmersos dentro del Estado Social de Derecho, la declaratoria de inconstitucionalidad no pasa de ser una frase que deroga una decisión del Ejecutivo, sin tener en cuenta que existió una violación de la Constitución por parte del Presidente y sus Ministros sin ninguna consecuencia jurídica, más cuando como Representantes del Estado con los primeros en acatar y respetar los principios y valores Constitucionales y que cuando hay omisión a dicho deber legal y Constitucional serán objeto de reproche con base en el principio de responsabilidad de la administración consagrado y elevado a rango Constitucional.

Se está ante la misma situación de la Constitución de 1886, el Estado Colombiano no considera responsable al Ejecutivo por la violación de la Constitución, puesto que le asiste esta facultad extraordinaria, pero como se observa esta prerrogativa está sometida a unos límites que no se pueden desconocer, por tanto, su desconocimiento genera una sanción.

Los Estados de Excepción se encuentran legalmente regulados en la Constitución Política y resulta paradójico que a lo largo de la historia colombiana esta irregularidad no haya sido denunciada y menos aún se hubiera realizado juicio político por la responsabilidad que le compete al Ejecutivo en la declaratoria de inexecutable de los decretos que se emiten con ocasión a los Estados de Excepción de Comoción Interior.

Hoy se revive y se retoma la práctica de la teoría de las dos espadas que de otrora, por lo menos en la teoría había claudicado, pues dentro del Estado Colombiano, el Congreso rinde culto al Ejecutivo, mostrándose complaciente con las actuaciones irregulares de este, otorgando premios a su Monarca tal como el inhibirse de controvertirlo, pese a contar con las herramientas jurídicas para aplicar la teoría de los frenos y contrapesos.

Al no ser responsables por las omisiones u acciones que en uso de sus facultades excepcionales le señala la Constitución Política, el Ejecutivo puede llegar a ocasionar daños y perjuicios a los coasociados, quienes no están obligados a soportar cargas públicas por decisiones, acciones y omisiones que provengan de las instituciones, en esta caso del Ejecutivo sin que se encuentren sustentadas Constitucional y legalmente.

Bajo este fenómeno que parece nuevo, pero la realidad es otra, el Estado Colombiano ha pasado por varias expediciones de Constituciones, donde todas de alguna manera se refieren a los Estados de Excepción. Para el caso en particular, se tomó como referente las normas superiores de 1886 y la de 1991, revisadas como un antes y un después, ya que la nueva constitución marcó un cambio sustancial con relación a la de 1886 y fue la consagración de Colombia en Estado Social de Derecho, incorporando nuevas acciones para la protección de los derechos fundamentales.

Mecanismos como la acción de tutela, concebida para proteger los derechos fundamentales y que permite a la manera del recurso de amparo de otras latitudes recurrir en interés particular ante un juez para obtener la pronta suspensión de cualquier acción u omisión, de autoridad pública o de particular, que vulnere o amenace vulnerar un derecho fundamental; la acción de cumplimiento orientada a obtener de los jueces la orden de aplicar una Ley o un acto administrativo, previa renuencia de la administración en omitir la aplicación de Ley o acto administrativo; las acciones populares y de grupo ordenadas a la protección de derechos e intereses colectivos a aquellos grupos afectados por un daño de origen común. (Vidal, 1992, p. 65)

Pese a que existen los mecanismos para investigar y determinar la responsabilidad que le atañe al Ejecutivo ante esta situación, la concepción de no procedencia de investigación o juicio termina por dejar impune esta situación, correspondiendo más a un juicio subjetivo de carácter político mas no jurídico.

Previene el Código de Procedimiento Penal dentro del Capítulo III Artículo 421, que aquellas denuncias que la Comisión de Acusaciones considere como temerarias o infundadas podrá ser rechazada en pleno, exigiendo de esta manera al denunciante la carga probatoria suficiente y fehaciente que es de difícil recolección al ciudadano por factores temporales, económicos, entre otros y que conduce al desinterés en iniciar y/o continuar con la misma.

Sumado a los lineamientos legales que ordenan el cierre de una investigación o el rechazo de una denuncia están los intereses políticos de los investigadores que en varias oportunidades han declinado su neutralidad en busca de favoritismo político.

Lo anterior se refleja con claridad entre otras, en la investigación iniciada por la Asociación de Militares por la Democracia y la integración de América Latina y el Caribe (MIDEAL), y la Corporación “Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo” (CCAJAR), los cuales fueron notificados por parte de la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes

en diciembre de 2006 acerca del archivo de la investigación penal contra el Presidente de la República por los delitos de “menoscabo de la integridad Nacional”, “prevaricato por acción” y “traición diplomática”, por permitir la permanencia de tropas extranjeras en el territorio Nacional.

La Cámara de Representantes, dentro de la decisión adoptada dejó entrever su parcialidad ya que el fallo resultó alejado de toda consideración jurídica, limitándose a realizar una defensa política de los programas de asistencia y cooperación militar que han suscrito Colombia con Estados Unidos, decidiendo que no existe mérito para continuar la investigación penal contra el Presidente de la República.

Esa decisión ha sido apelada por los denunciantes, pues consideran que los diferentes programas que se han desarrollado en el marco del Plan Colombia, y los convenios binacionales que se han suscrito entre las dos Naciones, contrario a lo señalado por el ente acusador, sí configuran los delitos por los cuales se denunció en 2003 al Presidente de la República. (Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR), enero 2 de 2007); argumentos que la Comisión desechó, manteniendo incólume su decisión presuntamente arbitraria y política.

Identificados los Estados de Excepción y las situaciones en las cuales el Ejecutivo está facultado para decretarlos pasamos al Estado de Sitio, el cual no parecía tener limitaciones en la Constitución de 1886; la nueva Carta Política limita su uso y facultades del Ejecutivo, pero aún, se sigue cayendo en el error de emitir Decretos de Estados de Excepción sin control alguno y lo más grave de todo es que al ser declarados inconstitucionales no hay responsabilidad alguna por la emisión de estos.

Lo anterior soportado en las respuestas emitidas por los miembros de la Comisión Acusación e Investigación de la Cámara de Representantes donde se puede establecer:

La comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes estuvo conformada hasta el 19 de Julio de 2010 por los siguientes representantes:

Integrantes Comisión de Acusación e Investigación		
No	Nombre	Partido
1	Álvaro Alférez Tapias	Convergencia Ciudadana
2	José Ignacio Bermúdez Sánchez	Partido de la u
3	Dairo José Bustillo Gómez	Convergencia Ciudadana
4	Carlos Ramiro Chavarro	Conservador
5	René Rodrigo Garzón Martínez	Cambio Radical
6	Jorge Enrique Gómez Celis	Convergencia Ciudadana
7	Álvaro Pacheco Álvarez	Liberal
8	Efrén Palacios Serna	Liberal
9	José Gerardo Piamba Castro	Conservador
10	Augusto Posada Sánchez	Partido de la u
11	Luis Carlos Restrepo Orozco	Partido de la u
12	Constantino Rodríguez Calvo	Conservador
13	Amanda Ricardo	Partido de la u
14	Gilberto Rondón González	Liberal
15	María Isabel Urrutia Ocoro	Alianza Social Afro Colombiana

Realizando un análisis sobre la conformación de esta Comisión, y una vez presentado un Derecho de Petición solicitando información sobre procesos contra el Ejecutivo en tratándose de declaraciones de inconstitucionalidad de decretos de Estados de Conmoción Interior, se pudo establecer lo siguiente:

1. Hasta la fecha no existe apertura de proceso alguno en donde se investigue la responsabilidad del Ejecutivo con relación a la expedición de estos decretos y la Corte Constitucional los haya declarado Inconstitucionales.

2. De los 15 Congresistas que conforman esta Comisión se recibió respuesta de 8 de ellos, las cuales no responden a fondo la solicitud presentada, por el contrario, deja a la vista la falta de conocimiento sobre el tema.

El resultado de este ejercicio ciudadano muestra que los congresistas que pertenecen a esta comisión no tiene las cualidades propias del cargo que ostentan, no es posible que no sean conocedores de las Leyes que los rigen, y esto lo nombramos ya que algunas de las respuestas enviadas se refieren a que no existe Ley Constitucional que determine que esta función es propia de esta Comisión, si nos remitimos a la Ley, podemos hablar en primer lugar de la Constitución Política de Colombia la cual en su Artículo 178 numeral 3, tácitamente expone:

Artículo 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

3. “Acusar ante el Senado cuando hubiere causas Constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, a los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura, al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación y al Contralor General de la República”.

En la Ley 5 de 1992, la cual dispone el reglamento del Congreso de la República de Colombia, en el Título III Capítulo I Artículos 305, 308, 311 y 312, se reglamentan las funciones de la Comisión de acusación, razón por la cual el argumento expuesto no tiene ningún sentido y lo que refleja es esa falta de conocimiento jurídico por parte de los congresistas, vale aclarar que 8 de los 15 congresistas que conforman esta comisión son abogados.

A la fecha del recibo de la contestación del derecho de petición existían alrededor de 800 procesos en curso de los cuales no existe uno solo por las causales que se consultó a la Comisión; procesos abiertos desde 1997, de los cuales muchos se encuentran en Etapa preliminar y otros por determinar delito, ello sin contar que varios de los integrantes de la

comisión se encuentran incursos en procesos judiciales por parapolítica, con estos precedentes es difícil esperar que la Comisión V de la Cámara de Representantes ejerza las funciones que por Ley le corresponden.

La causa a los continuos abusos recae en la falta de control de la función excepcional legisladora por parte del Ejecutivo, que aunque facultado para ello, debe responder por las Leyes, pues, se entiende que ellas deben ajustarse plenamente al mandato superior, ya que la Constitución es norma de normas y el eje principal de nuestro ordenamiento jurídico: lo que se pretende es que se cuestione y se pronuncie de manera objetiva la comunidad y el ente acusador sobre el uso excepcional de la facultad para legislar del Ejecutivo; sólo de esta manera su declamatoria no estará al margen de la ley.

Inicialmente el control jurídico ejercido por la Corte Constitucional a los decretos de Estados de excepción era únicamente de carácter formal, Sin embargo, posteriormente la Corte se pronuncio sobre el particular así:

“El control debe ser integral y no parcial o limitado a uno solo de los aspectos de la institución, cual es el mero procedimiento formal como quiera que la defensa atribuida a esta Corte por las normas Constitucionales, no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella. En las actuaciones en cuya virtud los órganos constituidos cumplen la función de administrar justicia, es imperativa la prevalencia del derecho sustancial.

Si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un Estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo C - 004 de 1992”

6 ALTERNATIVA DE SOLUCION.

No obstante a que la corte ha declarado en varias oportunidades inconstitucionales los decretos expedidos por el Ejecutivo haciendo uso de las figura de Estado de excepción, conmoción interior y emergencia social: no cabe duda que su actuación no es siquiera observada bajo la esfera de la responsabilidad por lo que una posible alternativa de solución Socio-Jurídica que se plantee, va direccionada a la inmediata participación de la comunidad universitaria en especial las facultades de derecho quienes a través de su ejercicio pedagógico y formativo deberán generar opinión y en lo posible uso de los mecanismos legales tendientes a iniciar una investigación ante el Ente correspondiente y evitar así la impunidad ante la carga que ha tenido que asumir el ciudadano.

La irresponsabilidad lleva necesariamente a analizar la relación entre la falta de determinación de la responsabilidad y la perpetración de actuaciones por parte del Ejecutivo que son violatorias de principios Constitucionales establecidos en el artículo 90, 214 y s.s. de la constitución política; Por un lado la impunidad pone en duda el efecto del Estado Social de Derecho y por otro resta legitimidad al mismo, generando desconfianza en sus instituciones. Pero esta falta de determinación de responsabilidad también alimenta imaginarios sociales sobre las actuaciones del Ejecutivo con relaciones a las facultades extraordinarias, pues aunque normativamente sea reprochable que el Presidente y sus Ministros declaren los Estados de excepción sin haber ocurrido los casos para su declaratoria, al no ser efectivamente sancionado, refuerzan la aceptación social sobre estas actuaciones.

El problema se precisa en estas circunstancias, la falta de reflexión y análisis de esta situación representa la indiferencia ante la responsabilidad que le asiste al presidente y sus ministros en un Estado Social de Derecho. La creación de espacios que permitan estas reflexiones y análisis es el primer paso en la solución de esta problemática.

Por ello, la alternativa de solución que se propone es de carácter académico y tiene como propósito propiciar y promover dentro de la universidad un espacio teórico-práctico dentro de las asignaturas de Practica Constitucional de Octavo semestre y la asignatura de Derecho Comunitario de Undécimo semestre, en donde los estudiantes a través del ejercicio académico del debate intersemestral comiencen a cuestionar los Decretos de Estados de conmoción interior saliendo de la apacible indiferencia en la que estamos consumidos.

El fin de este ejercicio implica también la intención de cualificar el razonamiento político de los jóvenes estudiantes y llevarlo a una condición más objetiva e imparcial se propone que la Universidad realice durante un semestre académico la planeación, dirección, ejecución de un debate abierto entre los estudiante de Octavo Semestre y los estudiantes de Undécimo semestre que hayan inscrito como la electiva la materia de Derecho Comunitario, en donde se manifieste bajo criterios socio-jurídicos la postura frente al Decreto de conmoción interior que haya sido declarado inconstitucional por la Corte y que permita concluir si se considera necesario la presentación formal por parte de la Universidad o alguno de sus integrantes la denuncia correspondiente ante el Ente investigador.

El tema central será el análisis con previo estudio de uno de los tantos decretos de Estado de conmoción interior declarado inexecutable por inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Se sugiere tener en cuenta durante todas las etapas del proceso, como eje fundamental un trabajo investigativo de los estudiantes participantes en el ejercicio académico, teniendo en cuenta el perfil investigativo de los egresados de la facultad de derecho. Esto permitirá establecer previamente al debate delimitación del tema y marco teórico en que se desenvolverá el debate.

La experiencia de los docentes debe servir de garantía para que el debate sea transparente y libre posible, en donde la universidad como los estudiantes se comprometan en difundir

los resultados de modo que se materialicen a través de intervenciones y denuncias ante la Corte Constitucional y la Comisión de acusaciones e investigación de la Cámara de Representantes respectivamente.

Teniendo como fundamento la Ley 5 de 1992 en la cual se reglamenta el Congreso, y donde se establece que la denuncia o queja debe ser presentada personalmente por el denunciante ante la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes.

Posteriormente, el Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación dentro de los dos (2) días siguientes, repartirá la denuncia o queja entre los representantes que integran la Comisión. A quien se le reparta se le denominará Representante-Investigador. Este, dentro de los dos días siguientes, citará al denunciante o quejoso para que se ratifique bajo juramento. Si no se ratificare y no hubiere mérito para investigar oficiosamente, se archivará el asunto y el Representante-Investigador informará de ello al Presidente de la Comisión (Artículo 331).

Después la Ley 273 de 1996 en su Artículo 1 adiciona “El Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación, dentro de los dos (2) días siguientes, repartirá la denuncia o queja entre los Representantes que integran la Comisión, pudiendo designar hasta tres (3) Representantes investigadores para un asunto determinado. En tal caso designará a uno de ellos coordinador.

El Representante Investigador o Representantes investigadores, dentro de los dos (2) días siguientes, citarán al denunciante o quejoso para que se ratifique bajo juramento”.

En lo referente a la apertura de la investigación, el Representante Investigador, ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos y las circunstancias en que ocurrieron; en tratándose del Presidente de la República el expediente será público al igual que las deliberaciones de la Comisión de Investigaciones y Acusaciones, así como las Plenarias de la Cámara serán igualmente públicas (Artículo 332).

El procedimiento anteriormente descrito permitirá no sólo la reflexión sobre la responsabilidad del Estado, sino que permitirá actuar de manera directa y argumentativa bajo la base de un trabajo de investigación.

Esquema.

TÍTULO:		Código: PAQS Página: 118 Fecha de Emisión: Fecha Ultima Revisión: Revisión No. :
OBJETIVO: Definir las actividades a realizar para implementar en cátedra de práctica Constitucional y derecho comunitario de Octavo semestre y Décimo Semestre respectivamente debate intersemestral de reflexión y análisis de la declaratoria de inconstitucionalidad de los decretos de excepción expedidos por el Ejecutivo.		
ALCANCE :		
DESCRIPCIÓN		
ITEM	RESPONSABLE	ACTIVIDAD
1	Identifica al inicio del semestre los decretos de Estados de excepción expedidos por el Ejecutivo. De no existir decretos durante este periodo se identificara el anterior más próximo	Profesor Constitucional administrativa/ comunitario Practica y Derecho
2	Entrega copia del Decreto de Excepción a los alumnos	Profesor Constitucional administrativa/ comunitario Practica y Derecho
3	Realizan lectura y análisis por escrito de los fundamentos en pro y en contra de la expedición del decreto de excepción, análisis en el que	discentes

	<p>deberán exponer el cumplimiento de los siguientes puntos</p> <p>Requisitos legales para la expedición de los decretos de Estados de excepción véase Constitución Política art 214 y s.s.</p> <p>Análisis del alcance del Estado de excepción expedido.</p> <p>Análisis de los presupuestos fácticos para su expedición</p> <p>Análisis del cumplimiento de los principios de proporcionalidad y democrático.</p>	
4	<p>Realizan taller argumentativo con base en los análisis realizados por los alumnos para establecer la posición de los cursos frente al decreto de excepción</p> <p>Al final del taller se realizara votación acerca de la Constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto.</p> <p>Si el resultado de la votación es</p> <p>La mayoría – de acuerdo con el decreto, se archiva y se vuelve al punto 1</p> <p>La mayoría – en desacuerdo con el decreto se continua con el siguiente punto 5</p>	<p>Profesor Practica</p> <p>Constitucional</p> <p>administrativa/ Profesor</p> <p>Derecho Comunitario y</p> <p>Profesores de Seminarios de</p> <p>Investigación y discentes</p>
5	<p>Distribuirá por grupos a los alumnos los siguientes temas, para argumentar la intervención contra el decreto de excepción.</p> <p>Introducción</p> <p>La norma acusada de inconstitucional</p>	<p>Profesor Practica</p> <p>Constitucional y</p> <p>administrativa/Profesor de</p> <p>Derecho Comunitario</p>

	Normas Constitucionales violadas y fundamentos de los cargos de inconstitucionalidad Pretensiones Pruebas	
6	Presenta informen escrito	Discentes
7	Revisa los informes realizados por los estudiantes, aprueba o devuelve En el caso de que el informe sea devuelto informara las razones y ajustes requeridos para ser aprobado.	Profesor Practica Constitucional administrativa/ Profesor Derecho Comunitario y Profesores de Seminarios de Investigación y discentes
8	Leen los informes presentados previamente aprobados.	Profesor Practica Constitucional y administrativa/ discentes
9	Consolida el informe	Profesor Practica Constitucional y administrativa/ discentes
10	Presentan intervención ante la Corte Constitucional	Profesor Practica Constitucional y administrativa/ discentes
11	Revisan y analizan el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la declaratoria de Constitucionalidad o inconstitucionalidad decreto	Profesor Practica Constitucional y administrativa/ discentes
12	Presentan informe final con base en las conclusiones realizadas del análisis anterior, determinando la viabilidad o no de la denuncia.	Discentes

	Si existe Viabilidad presentar la denuncia, y realizar seguimiento a este proceso.	
--	--	--

6.1 IMPACTO DE LA ALTERNATIVA DE SOLUCION

La puesta en marcha de un debate intersemestral enfocado a materializar los mecanismos y herramientas constitucionales para determinar la responsabilidad del ejecutivo por el uso de la figura excepcional de estado de conmoción interior, permitirá la discusión organizada y sistemática para que las instituciones políticas, los medios de comunicación, los entes universitarios y los ciudadanos repensemos estas actuaciones.

La educación prefigura el futuro y sólo si la academia en conjunto propone a través del ejercicio responsable el debate y la confrontación de ideas, se podrá orientar y potenciar las acciones de los diferentes actores sociales.

La Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y sus estudiantes pueden y deben jugar un papel activo creando las condiciones tanto para la discusión y la concertación como para que los objetivos definidos por el Estado Social de Derecho, en cuanto a la responsabilidad del Estado por el hecho legislador del Ejecutivo, sean cumplidos, marcando la diferencia en el quehacer académico

La tarea estratégica fundamental es establecer un Estado democrático que se cuestione el actuar de todos sus funcionarios incluyendo al presidente, Esta meta estratégica, sin embargo, es el producto de una lucha prolongada acompañada de cuestionamientos pronunciamientos, argumentativos y propositivos que den soluciones de corto a mediano plazo al problema de la falta de determinación de la responsabilidad del ejecutivo.

Generar cuestionamientos al respecto será el comienzo del cambio.

BIBLIOGRAFIA.

Agamben, Giorgio. (2004). *Estado de Excepción Homo sacer II*. España: Editorial Pre-Textos.

Alessandri, Arturo. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.

Amalfi, Lili Rosana. (2001). *Responsabilidad del Estado Legislador*. Bogotá: Trabajo de Tesis. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

Ariza Higuera, Libardo José. (1998). *Estados de Excepción y razón de Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes “Cijus”.

Arellano García, Carlos. (2001). *Métodos y técnicas de la investigación Jurídica*, México D.F: Porrúa.

Bielsa, Rafael. (1996). *Derecho Administrativo Tomo V*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Cabanellas, Guillermo. (1979). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Calderón, Hugo. (1982). *Sistema de Responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cortes, Josefina. (2008). *Cambios regulatorios y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima*. UC Berkeley: Berkeley Programa en Leyes y economía

Castro, Jaime. (1976.). *Orden público económico*. Bogotá: Ediciones del Banco de la República.

Díaz, Pedro Agustín. (1997). *Estado y Tercer Mundo: El Constitucionalismo*. Bogotá: Temis.

Gahona, Manuel. (1985). Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 02 de Mayo de 1985.

Ferrater, José. (1988). *Diccionario de Filosofía*. España: Espasa Calpe.

Gallón Giraldo, Gustavo. (1979). “*Quince años de Estado de sitio en Colombia*”. Bogotá: Guadalupe Ltda.

García de Enterría, Eduardo. (2005). *La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Madrid: Civitas Ediciones.

García, Hernán. (1997). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica del Cono Sur Ltda.

García Moreno, Edgar Antonio, (1989). *Iniciación a la investigación Científica*. Madrid: Ediciones Ltda.

Garrido Falla, Fernando. (1989). *Sobre la Responsabilidad del Estado Legislador*. En *Revista de Administración Pública España*: Número 118.

Henao, Juan Carlos. (1997). *Presentación general de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia Libro II*. Bogotá: Editorial de la universidad Externado de Colombia.

Hernández Sampieri, Roberto. (2003). *Metodología de la Investigación*, México D.F.: Mc Graw-Hill Interamericana.

Hoyos, Ricardo. (2000). *La responsabilidad de la administración pública*. Bogotá: Temis.

Kelsen, Hans. (2000). *Teoría Pura del derecho*. México: Editorial Porrúa.

Lleras Restrepo, Carlos (1978). "Estado de Sitio ¿Hasta Cuándo?". Bogotá: Revista Nueva Frontera Número 207 de Noviembre de 1978.

Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy y Delvolve. (2000). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

MacKinnon, Catherine. (2005). "Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista" en "Crítica Jurídica". Bogotá: Ediciones Uniandes.

Martínez, Gilberto. (2003). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Bogotá: Temis.

Marienhoff, Miguel. (1997). *Tratado de derecho administrativo Tomo IV*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Mazeaud, Henri, León, Jean. (1960). *Lecciones del derecho. Parte segunda. Volumen II. La responsabilidad civil*. Madrid: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Naranjo, Vladimiro. (2006). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

Olano García, Hernán. (2002). *Constitución Política de Colombia, concordada e Historia Constitucional Colombiana*. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley.

Ordoqui, Oliviera. (1974). *Derecho Extracontractual Volumen II*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández.

Peláez, Carlos. (1955). *Estado de Derecho y Estado de Sitio; la crisis de la constitución en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.

Pérez Francisco. (2004). *Teoría del Estado*, México: Editorial Porrúa.

Pico, Joseph. (1990). *Teorías sobre el Estado Bienestar*. Madrid: Editorial Alianza.

Ramos, Jairo. (1994). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Cali: Ediciones Universidad Libre seccional Cali.

R. de Sansó, Hildergard. (2000). *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano*. Caracas: Editorial Panapo.

Rivero, Jean. (1984). *Derecho Administrativo. Instituto del Derecho Público*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela.

Saavedra, Ramiro. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Saint, Bonnet. (2001). *Teoría del Derecho*. México: Editorial Porrúa,

Schmitt, Carl. (1922). *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional.

Stern, Klaus. (2001). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales.

Suarez, Daniel. (1993). *Responsabilidad del Estado por falla en el servicio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Vallespin, Oña Fernando. (1990). *Historia de la Teoría Política 2, Estado y Teoría Política Moderna*. Madrid: Editorial Alianza.

Vidal Perdomo, Jaime. (1992). *Derecho Constitucional general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Referencias Web:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100009&script=sci_arttext.

http://ponce.inter.edu/cai/reserva/lvera/INVESTIGACION_CUALITATIVA.pdf).

ANEXOS