

Aspectos jurídicos sobre el reconocimiento de la responsabilidad del estado colombiano por los actos de reforma constitucional¹.

Legal aspects on the recognition of the responsibility of the colombian state for the acts of constitutional reform.

Jesús David Reyes²

Resumen

Cuando se realiza una lectura de la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (1991), puede decirse mucho sobre la progresión en la materia que ha tenido gracias a los lineamientos que se pueden trazar en la estructura del Estado colombiano, dejando a plena vista que ninguna acción que tenga participación de la institucionalidad pública va quedar en el fuero de la irresponsabilidad como en algún momento se determinó en la teoría jurídica estatal; sin embargo, es importante centrarse en la posibilidad que la rama legislativa tiene un cierto privilegio en esta materia al determinar que sus acciones están precedidas por el principio de soberanía democrática o la prevalencia de la legalidad, hasta incluso de afirmar que las decisiones de los miembros del congreso son inviolables, dando como resultado una fuerte tendencia a la libertad de configuración de la fuente del derecho que más incidencia tiene en nuestro actuar: la ley. En ese orden, teniendo en cuenta que además de la función de hacer las leyes, el legislativo, de acuerdo con las facultades que le fueron encomendadas por el constituyente de 1991, puede también realizar actos reformativos de la Constitución, resulta importante establecer, a la luz de la teoría de la responsabilidad del Estado, los Derechos Humanos y la Constitución Política colombiana, algunas bases sobre la responsabilidad del Estado por actos de reforma constitucional en Colombia.

Palabras Claves: Estado, Responsabilidad, Poder Público, Ley, Congreso, Actos de Reforma, Daño, Perjuicio, Imputación, Acto Legislativo, Sanción, Derechos Fundamentales.

Summary

¹ Artículo inédito. Artículo resultado de Investigación. Artículo de reflexión jurídica. Vinculado al proyecto de Investigación "Responsabilidad del Estado por actos de Reforma Constitucional" desarrollado en el Semillero de Derecho Administrativo Louis Antoine Macarel, de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

² Egresado (en proceso de grado) del pregrado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Miembro del semillero de Derecho Administrativo "Louis Antoine Macarel" de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Correo electrónico: jedarey@gmail.com

When a reading of the general liability clause of Article 90 of the Political Constitution of Colombia (1991) is made, much can be said about the progression in the matter that it has had thanks to the guidelines that can be drawn in the structure of the Colombian State, leaving in plain view that no action that has participation of the public institutionality will remain in the jurisdiction of irresponsibility as at some point it was determined in the state legal theory; however, it is important to focus on the possibility that the legislative branch has a certain privilege in this matter when determining that its actions are preceded by the principle of democratic sovereignty or the prevalence of legality, even to affirm that the decisions of the members of Congress are inviolable, resulting in a strong tendency towards freedom of configuration of the source of law that has the greatest impact on our actions: the law. In this order, taking into account that in addition to the function of making laws, the legislature, in accordance with the powers entrusted to it by the 1991 constituent, may also carry out acts of reform of the Constitution, it is important to establish, to the light of the theory of State responsibility, Human Rights and the Colombian Political Constitution, some bases on State responsibility for acts of constitutional reform in Colombia. **Key Words:** State, Responsibility, Public Power, Law, Congress, Acts of Reform, Damage, Imputation, Legislative Act, Sanction, Fundamental Rights

Infométrica | Serie Sociales y Humanas

Introducción

Durante los últimos años se ha venido trabajando en los daños ocasionados por los actos del legislador siendo un primer acercamiento para lograr consolidar los criterios de determinación cuando un daño sea producto del actuar del órgano legislativo (Alonso García, & Leiva Ramirez, 2012), pero tal posibilidad genera una duda: la Constitución Nacional en el artículo 374, el cual inaugura el título XIII sobre las reformas constitucional, establece que los medios por los cuales se modifica una norma de carácter supremo es bajo un referendo (Charria Segura, 2013), una asamblea nacional constituyente (Arango, 2014), o el congreso a través de actos legislativo, siendo así, ¿no es también esta facultad constituyente derivada función del congreso, por ende, también debe ser responsable por los daños causados por un acto reformatario? Empero, no es la soberanía del pueblo representada en los legisladores un poder contra todo que permite la adecuación de las necesidades sociales en norma escrita (Cifuentes González, 2016).

Al respecto, conviene precisar que, de acuerdo con los presupuestos de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la potestad de reforma constitucional en Colombia,

aunque obedezca a facultades legítimas, puede ocasionar un daño antijurídico (Reyes Garcés, 2014) cuando se imponen cargas a los conciudadanos que éstos no tienen el deber de soportar, lo que en caso de ocurrir, rompe el equilibrio de las cargas públicas, condición que, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, constituye causal de responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, la facultad de reforma al texto constitucional en su actuación puede lesionar a titulares de derechos subjetivos, afectar intereses legítimos y/o en un panorama internacional desatender acuerdos y tratados internacionales de derechos humanos (Agudelo Ibañez & Calderón Ortega, 2016).

En este sentido, actualmente el panorama jurídico no admite una irresponsabilidad absoluta o relativa del Estado (Boada, 2000). Sin embargo, algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales en Colombia, ha mantenido casi incólume la tesis de presunta irresponsabilidad del Estado colombiano cuando en el ejercicio de imputación fáctica está de por medio una actuación de la rama legislativa, tanto en su función como legislador o constituyente secundario.

La presente reflexión investigativa, trabaja sobre la presunta tesis de irresponsabilidad del Estado por actos de reforma constitucional, generando un desconocimiento a los presupuestos que la propia Carta Política ha fijado para la declaratoria de Responsabilidad Patrimonial del Estado y constituye una postura que no responde a las necesidades imperantes de la sociedad actual (Carbonell, 1998), de acuerdo con los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la estructura constitucional que determina el orden jurídico establecido y la protección internacional de los derechos humanos (Fajardo, 2009).

La posibilidad de hacer cambios constitucionales ha sido pensado como un derecho natural para las generaciones futuras que deben adaptar a la realidad social los mandatos constitucionales que con el pasar del tiempo pierden su legitimidad, pero por el riesgo que genera manipular las directrices normativas a favor de regímenes políticos con deseo de mantenerse en el poder o desconocer elementos fundacionales del Estado, se han establecido procesos rígidos para llevar a cabo una reforma constitucional.

De tal forma, que en Colombia, el pueblo como poder soberano estableció en el Título XIII de la Constitución Política de 1991 tres maneras de realizar modificaciones a la constitución, generando espacios de participación democrática (Cuesta Hinestroza, Nupan Mosquera, Ramírez Moreno & Palacios Lozano, 2016). abiertos para blindar los fundamentos filosóficos de la sociedad colombiana, estos mecanismos son: 1. Una asamblea nacional constituyente, propia una conjunción de democracia participativa y

representativa. 2. Referendo, propia de una democracia participativa o directa. 3. A través de un acto legislativo expedido por el Congreso, propia de una democracia representativa o indirecta (Ramírez Cleves, 2008).

Siguiendo la doctrina constitucional colombiana, se ha señalado que el único medio que tiene un poder ilimitado por estar dictado por la voluntad del pueblo es la Asamblea Nacional Constituyente, puesto que sus actuaciones están destinadas a una configuración fundacional característico de la imposición política popular, lo que se encuentra en un nivel extra jurídico y rompe el orden normativo que le precedió (Sentencia C-544, 1992).

En ese sentido, revisar las cuestiones que configuran la responsabilidad estatal por los actos del constituyente secundario o derivado, radica en las nuevas ideas que ponen en cabeza de todas las entidades públicas un mandato que, llama a resarcir los perjuicios causados por situaciones que vulneran el principio de la igualdad de cargas públicas (Henoa, 1998). Colocando en el debate académico la responsabilidad del Estado legislador, es decir, la que se le puede imputar al Congreso de la República por el hecho de aprobar normas legales que desfavorezcan intereses o derechos donde los ciudadanos son titulares.

No se puede desconocer, la importancia que profesa el poder legislativo en los regímenes democráticos (García Vargas & Pérez Fuentes, 2015), ya que se les confiere funciones necesarias de reglamentación como de autocontrol institucional (Aberastury, 2005), como es el caso colombiano, donde el constituyente primario puso en cabeza del legislativo: hacer las leyes, ejercer un control político sobre la administración pública y reformar la constitución (Artículo 114, Constitución Política de 1991), por medio de actos legislativos como también, en su papel relevante en relación con la convocatoria de referendos constitucionales.

Por otro lado, la mayoría de países latinoamericanos muestran una tendencia cíclica entre los actos de reforma y creación constitucional y, en esa medida, algo denominado como reformismo crónico (Calderón Ortega & Agudelo Ibáñez, 2016). Por ejemplo, durante los últimos años se han registrado constantes transformaciones a los textos constitucionales que modifican aspectos de la vida política y social de los Estados, Colombia no es una excepción a tan cuestionada tendencia, pues hasta el año 2017, la Constitución Política de 1991 contaba con 46 reformas (Quinche Ramirez, 2015), algunas fundadas en especial por aspiraciones e intereses políticos reveladas en los estudios de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

Así las cosas, es claro que durante el proceso de reforma del texto constitucional pueden presentarse circunstancias excepcionales que generen vulneraciones a derechos o imposición de cargas injustificadas a los asociados, lo que, en caso de causar un daño antijurídico (Irisarri Boada, 2000), de acuerdo con los presupuestos del artículo 90 constitucional, constituye una causal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (Agudelo Ibañez & Calderón Ortega, 2016), bajo el título de daño especial. No obstante, frente a las acciones que solicitan la declaratoria de Responsabilidad del Estado por Actos de Reforma Constitucional, el Consejo Estado ha expresado en diversos pronunciamientos su vacilante negativa a reconocer responsabilidad en los actos del poder constituyente derivado.

Las críticas jurídicas radican, en la legitimidad democrática del poder constitucional de reforma, expresado por un órgano con variedad de representación política elegida por democracia, dejando como conclusión la imposibilidad de cuestionar en sede judicial la legitimidad de sus actos y, en consecuencia, la responsabilidad de los mismos. Para determinar si el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con las herramientas necesarias para la construcción y/o aplicación de una teoría de la responsabilidad del Estado por los daños que deriven del ejercicio del poder constituido de reforma, es preciso analizar los juicios objetivos y subjetivos sobre los límites de reforma constitucional en Colombia, así como los elementos jurídicos constitucionales a nivel nacional y de derecho internacional aplicables a dicho proceso, en gracia de discusión de nuevas teorías normativo-constitucionales que manifiestan un cambio de paradigma en cuanto a los límites del poder constituyente (Álvarez, 1990). y que enuncian diferentes medios de control jurídico, que se consolidan en verdaderas restricciones a la potestad de creación y reforma constitucional, tal y como al respecto señala (Nogueira Alcalá, 2009), restricciones en virtud de las cuales es admisible una responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente.

El presente proyecto de investigación tiene como finalidad destacar la ambivalente cuestión jurisprudencial y académica que existe sobre el tema como también servir como fuente de conocimiento para futuras investigaciones que sobre la materia deban realizarse, además, tiene como propósito superar las barreras ideológicas que se han establecido en cuanto a la naturaleza no jurídica del constituyente, teniendo como base las posturas desarrolladas sobre la responsabilidad del Estado Legislador, generando un alto nivel de utilidad académica y social, en la construcción de un punto de partida para la consolidación de una teoría de la Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos que sean consecuencia de actos de reforma en ejercicio de la potestad constituyente.

Problema de investigación

¿Cuáles son los criterios para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia frente a posibles daños antijurídicos causados por actos de reforma constitucional?

Metodología

El método de investigación utilizado para el desarrollo de este proyecto es el método teórico hermenéutico, socio histórico, de análisis documental y síntesis (Sanguino Cuéllar, K. D., & Baene Angarita, 2016) El objeto del presente estudio es la responsabilidad Patrimonial del Estado por actos de reforma constitucional, en cada uno de sus elementos, fracciones y componentes, para así establecer conceptos, teorías, propuestas, y en general aspectos necesarios para el desarrollo de dicha temática, así como la identificación y análisis de teorías propias por los doctrinantes actuales como algunas directrices encontradas en la jurisprudencia en casos concretos, tanto del Consejo de Estado en Colombia (sobre responsabilidad del Estado Legislador), como de la Corte Interamericana de Derechos humanos (sobre responsabilidad del legislador, responsabilidad del constituyente, y limitaciones al ejercicio del poder constituyente), como de la Corte Constitucional Colombiana (sobre la responsabilidad del Estado respecto a la vulneración de derechos fundamentales) identificando sus componentes esenciales y de esta manera determinar los aspectos más relevantes para la estructuración de una responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente, por infracción del orden interno, por la infracción de principios y normas internacionales. Apelaremos a la hermenéutica jurídica como una forma de interpretación que busca la esencia de los textos normativos, jurisprudencial y doctrinarios (Muñoz López, 2015).

Plan de redacción

1. BREVE RECORRIDO HISTORICO SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.

Cuando se hace una mirada historica sobre los textos legales fundamentales se debe iniciar teniendo como punto de partida la concepción sobre las primeras formas de expresión de la palabra constitución encontradas en Grecia, a través de la formación de las Polis - Ciudades- Estados- como un conjunto ordenando de funciones y directrices que organizan la vida en sociedad (Molano Molina, 2006). En la edad media, mediante los edictos papales como fuente de poder supremo, se integró al pensamiento constitucional bajo un símbolo del orden, como un poder propio del Estado (Barreto Rodríguez, 2008), sumado a los matices propios del sistema feudal que no permite dilucidar suficientemente con precisión a sus varios matices y ordenamientos, mucho menos dar solo una idea de las estructuras político-sociales que esa época tan dilatada de la historia,

caracterizada más por la práctica política que la reflexión teórica de la misma. Además, por la injerencia de la iglesia que dogmatizó el pensamiento filosófico, ético, jurídico y político (vendaño Castro, Mogrovejo Andrade & Bastos Osorio, 2014).

Luego, pasando a la proliferación de Estados fruto del desarrollo de la edad moderna, entendidos como un puente de comprensión de la vida estatal contemporánea, se remitirá a dos modelos que sin dudar son las bases de la organización político-jurídico del mundo. Primero analizaremos el modelo francés que nace con el proceso histórico que lo convierte en paradigma del Estado actual, donde exhibe una evolución que lo lleva de un vigoroso feudalismo monárquico a la Revolución popular, rompiendo con el poder absoluto del monarca, Ruiz (2007), siendo características claves la separación de poderes y los mandatos emitidos en una constitución escrita como controlador de dichos poderes que buscan aprovecharse del trabajo integral del Estado (Blanco, 2006), teniendo prevalencia los aspectos legales del parlamento, ejemplificando al pueblo como nuevo soberano, además fundamentados en las tesis filosóficas de la necesidad del organización social del hombre dadas por las propuestas de la doctrina contractualista, que fue configurándose en las tesis del Estado de Bienestar como prestador de servicios, para dar cabida al declaratoria de responsabilidad por parte del ente estatal público, como en el célebre fallo blanco del tribunal de conflictos francés (Benavides Vanegas, 2016).

Posteriormente ya en un ámbito propio de la ciencia jurídica, el reconocido jurista austriaco Hans Kelsen manifestó:

Constitución es la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas esenciales de un Estado, la cual determina los órganos que legislan y los procedimientos para hacerlo, además establece las relaciones entre los asociados y las formas de aplicar el derecho". Como podemos concluir, estudiar los preceptos que rigen la ley fundamental deben preceptuarse del estudio estatal por simple lógica, se puede afirmar que el Estado antecede a la constitución pues esta lo que viene es a recoger ese pacto o acuerdo que los ciudadanos han establecido para la convivencia mutua en comunidad (Kelsen, 1995, pág. 155).

De esta forma, estableciendo una mirada mucho más contemporánea debemos pensar en la constitución como un conjunto de normas elaboradas directamente por el pueblo con el objeto de organizarse así mismo a través de la estructura funcional del Estado y la determinación de sistemas de derechos, deberes y garantías entre las personas que lo conforman con la intención de preservar el orden, la paz y la seguridad para todos, es decir, la constitución puede ser vista como un sistema de resguardo para el ejercicio de

los derechos y las libertades dentro del Estado, es así que adquiere protagonismo de garante de unos fines trazados comunitariamente, por lo tanto, las instituciones encargadas de velar por dichos mandatos serán responsables directos por la materialización u omisión de los mismos (Arévalo Perdomo & Sotomayor Espitia, 2016).

En este orden de ideas, las actuales constituciones también determinan la estructura del Estado, siendo importante organizar las autoridades públicas que conforman el elemento estatal de soberanía (Carrillo Salcedo, 2001), generando un catálogo de funciones propias, definir el régimen político, la forma de gobierno y los estamentos propios para la toma de decisiones son algunas de las cuestiones que los textos constitucionales deben responder. Colombia configurada como una república democrática y presidencialista dispone de un poder público dividido en las función ejecutiva, legislativa y judicial (artículo 113, Constitución Política de 1991). Por tal motivo, el Congreso es una autoridad pública con gran relevancia en la formación de las políticas públicas y en la regulación de las actuaciones que directa o indirectamente recaen en las conductas de los asociados (Calderón, 2014); (Flórez López, 2016).

Sumado a la organización del Estado, muchos juristas postulan que las constituciones deben destinar un acápite para describir los procesos de reforma, estableciendo normas superiores que fungan como guardianas de la esencia constitucional y orientadoras de la actividad del examen constitucional que realizan los tribunales constitucionales; revistiéndola de fuerza ante el peligro de manipulación propia de la ambición de poder demostrado por algunos sectores políticos gobernantes. En el ordenamiento constitucional colombiano se dispone de un título dedicado para tales premisas con una amplia carga de pasos requeridos para la modificación de algún articulado (Título XIII, Constitución Política de 1991), exigencias como destinar no solo 4 debates sino 8 dentro de una misma legislatura, responden a los criterios de resguardo de la fundamentación rectora de una sociedad.

En síntesis, los conjuntos de normas constitucionales se han convertido en el punto de convergencia de los ordenamientos legales contemporáneos, tienen como rasgo característico una visión antropocéntrica fundada en la dignidad humana y fortalecida por el discurso de los derechos fundamentales orientadores de toda actividad de las autoridades públicas.

Tanto el poder constituyente, ya sea primario que recae en el pueblo o, derivado, otorgado a una institución generalmente con dimensión legislativa, como las directrices del poder constituido de trabajar en el marco de la constitución y la ley (Cerra, 2004), han

detonado cláusulas de responsabilidad de rango constitucional que interfieren exponencialmente en la teoría del derecho de daños en cada una de las dimensiones y niveles. Unos ejemplos de estas podrían encontrarse en el artículo 6 o 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que, pone en cabeza de los servidores públicos como en las autoridades públicas el deber de reparar los perjuicios causados por sus actuaciones. Estas lecturas holísticas dadas a las Cartas Fundacionales que integran los postulados del derecho de reparación integral y los principios de igualdad, han revolucionado las tesis del derecho de daños, basados en el fenómeno de la constitucionalización del derecho (Bachof, 2008); (Carrillo Velásquez, 2015).

Así pues, desde la fisionomía de las polis griegas hasta los principios de vida digna y la solidaridad, han determinado el modelo de Estado bajo la forma en que los ciudadanos se relacionan con este y de qué manera pueden exigir la materialización de los compromisos acordados como metas o fines esenciales, para esta tarea política la organización del Estado debe tener como base al poder constituyente dando como producto el poder constituido.

1.1 CRITERIOS SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUIDO.

La organización de un Estado estaba basada en la canalización del poder como ente rector y organizador de las acciones de los asociados, en él radica la posibilidad la administración de que las metas comunes puedan materializarse encontrando los medios necesarios para dicho objetivo. Es por ello, que este elemento del aparato estatal se erige como uno de los más importantes, siendo el corazón de la soberanía y legitimidad de la regulación de la conducta humana a través de cánones normativos. Sobre esos parámetros el poder está sometido a una mirada institucional que permita su permanencia en el tiempo y fortalezca la puesta en práctica de políticas comunes acordadas, originando organizaciones propias del poder público (Naranjo Mesa, 2014). En gracia de discusión, revisar hasta dónde llega la capacidad ordenadora que puede crear o extinguir situaciones en el plano jurídico toma relevancia, no obstante, es viable profundizar sobre la conceptualización tanto del poder constituyente como constituido.

La fuerza del constituyente es percibida en términos de la facultad de toda comunidad soberana a darse un ordenamiento jurídico-político fundamental condesando por medio de una constitución y de modificarla o cambiarla cuando sea necesario. Por ello, el constituyente siempre estará en cabeza del pueblo, este es considerado como único capaz de crear o cambiar un texto constitucional, por tal razón se le ha llamado

constituyente primario (Vila Casado, 2012). No obstante, en las mismas constituciones se le da delegado a una institución el poder de reformarla cuando sea necesario, generalmente esta facultad es otorgada a la rama legislativa, ostentando el poder constituyente secundario o derivado.

En cambio, las directrices del poder constituido establecen el ejercicio del gobierno dentro de una nación configurada, propia de la representación del Estado, que debe tener un origen legítimo y dentro de los regímenes de la constitución -pues se encuentra regulado por ella –, esta categoría no es más que la organización o estructura activa de la institución pública en ejercicio de sus funciones (Naranjo Mesa, 2014).

Así, si el Estado nace con dicha finalidad de concentrar las necesidades que el pueblo le presenta, debe actuar conforme a una garantía común para todos los miembros del grupo social, sin excepción alguna, tarea realizada tanto en el momento de fundación o remodelación, en el ejercicio del poder constituyente, como a la luz de la administración del poder público o constituido.

Tener presente dichas diferenciaciones es vital para lograr trazar las tesis queridas sobre la posibilidad de endilgar algún tipo de responsabilidad por el quebrantamiento de las mismas funciones del Estado, generando nefastas consecuencias a un asociado, llevando la teoría de la responsabilidad del Estado a todos los estamentos del aparato estatal. Seguidamente de lo anterior, el doctrinario Lizardo Bernal Rico, postula unas pautas para tener en cuenta sobre los significados propios de la terminología jurídica con las siguientes palabras:

De aquí se deriva el hecho de la supremacía de la Constitución de quien la origina, o mejor cuál es su fuente creadora, por cuanto “el hecho de que esta emana del poder constituyente, un poder por definición, superior a los poderes constituidos y, entre ellos al poder que ejerce el parlamento” Resulta claramente definido que es del poder constituyente de donde procede la Constitución, de los otros poderes constituidos del Estado como el parlamento que es el creador de la ley. Además, el poder constituyente originario, y el derivado son diferentes, por cuanto el primero es el genuino, el cual actúa la primera vez que se da la comunidad un ordenamiento jurídico, y el otro es el instituido, encargado de la reforma de la Constitución vigente. (Bernal Rico, 2016, p.43).

Ahora bien, la Constitución Nacional hace distinciones sobre un poder ilimitado, legitimado para reformular o modificar de forma directa principios básicos del Estado y su filosofía política, conforme a los lineamientos permitidos para realizar sus modificaciones

dentro del marco jurídico colombiano; desde esta lectura es necesario posicionar como eje clave de estas premisas, el remitirse al artículo 374 (Constitución Política, 1991) para destacar que tres son los medios o mecanismos para reformar algún apartado de la carta política, estos son: i) el referendo, ii) por medio una asamblea nacional constituyente como también ii) desde el congreso, mediante actos legislativos.

Sería desnaturalizar el propósito de estas líneas revisar o reflexionar sobre los criterios procedimentales o su consonancia con lo querido por el constituyente primario, pues la importancia para el análisis sobre el tópico de la responsabilidad radica solamente en los resultados alcanzados por dichos actos reformativos cuando se evidencia una vulneración a un bien jurídico reconocido a una persona, y esta pueda ser de gran magnitud para habilitar la posibilidad de declarar la responsabilidad estatal como el reconocimiento de los perjuicios generados.

Sin embargo, un primer interrogante radica en las posibilidades que deviene de un acto de reforma al texto constitucional tenga limitantes. los cuales si son desconocidos acarrear un juicio de reproche a las instancias de poder o si, por el contrario, como se trata de un momento donde el pueblo o los dignos representantes poseen un poder absoluto, momento en el cual tienen pleno derecho a desconocer prerrogativas de dimensiones fundamentales, respuesta que más adelante se retomará.

2. Mecanismos colombianos sobre reforma constitucional.

Según el artículo 374 de la (Constitución Política, 1991) los actos de reforma constitucional son aquellos mecanismos propuestos en el mismo texto político para realizar modificaciones sustanciales sobre las materias tratadas, bien sea bajo la premisa de una democracia participativa (Aragón, 1991), como es caso del referendo o, por medio de lineamientos representativos, como el caso de la asamblea nacional constituyente o, la misma institución legislativa, es decir, el congreso, pero a través de actos legislativos materializando su poder constituyente derivado y respetando los criterios procedimentales del mismo.

Ahora bien, el panorama de las reformas constitucionales en Colombia es bastante extenso, considerando que no se tocarán los momentos en que se ha optado por cambiar por completo nuestra norma suprema, a grandes rasgos han sido nueve momentos de reforma completa en la histórica republicana de la nación colombiana, con cambios directos a nuestro modelo de Estado o forma de organización territorial – pasando constantemente entre republica unitaria a federal-, reconocimiento derechos como también creando instituciones democráticas, como la observada en el último gran cambio

constitucional que terminó con la creación de la Corte Constitucional (Artículo 241, Constitución Política de Colombia de 1991) como guardiana de los preceptos, principios y derechos fundamentales reconocidos en el texto político (Charria Segura, 2013), todos aquellos puntos que tiene injerencia directa el devenir social de los administrados por una comunidad de poder.

Nuestro texto constitucional ha sido reformado por 48 ocasiones, un número bastante considerable teniendo en cuenta que, al momento de elaboración del presente artículo, la Constitución tiene tan solo 28 años de haber sido promulgada. Este hecho deja ver una radiografía de nuestro pensamiento ingenuo que a través de reformas constitucionales se solucionan todos los problemas de la vida pública estatal, sin optar por el fortalecimiento social y jurídico de las mismas instituciones que tenemos actualmente (Quinche Ramirez, 2015), sumado a que todos los cambios son por vía parlamentaria, es decir, han sido los representantes electos por el pueblo los que han dado vía libre a un gran número de cambios constitucionales, dejando a un lado la relevancia de la decisión ciudadana, a través de mecanismos habilitados para tal finalidad, como el referendo.

Lo anterior, reviste bastante curiosidad sabiendo que Colombia es un país indiferente a la formación política básica, tanto de los derechos ciudadanos como de la política social que se maneja constantemente en dichas relaciones de poder, lo que deja ver que somos muy pocos los que estamos en un diálogo directo con las acciones e intereses de los congresistas o demás figuras de la institucionalidad política. En síntesis, esta apatía sobre el desarrollo democrático y el poco control popular a los actos del poder público, genera grandes consecuencias que resultarían menoscabando derechos e intereses legítimos a un grupo social reconocido o, tan solo a un individuo, adquiriendo fuerza la tesis de una reparación para tales cambios abruptos de la realidad propia del sujeto víctima de las acciones de los congresistas, que, en ocasiones, tampoco realizan investigaciones o planeaciones sobre los efectos que desata la aprobación de normas de rango constitucional.

En ese orden de ideas, mediante referendo son pocas las ocasiones que en que se ha elegido dicho medio para reformar la Constitución Política, ya sea porque no supera los lineamientos necesarios en el procedimiento legislativo o, porque la Corte Constitucional ha declarado su incompatibilidad con los principios constitucionales, dando como resultado, el rechazo por no estar ajustado a derecho dicho mecanismo de participación ciudadana, declarando su inexecutableidad.

En ese sentido, es muy recordado el estudio de legalidad que se hizo del referendo en el cual se proponía una tercera reelección inmediata al cargo de presidente, que venía despenándolo por dos periodos, Álvaro Uribe Vélez. En dicho estudio se evidencia la postura que ha sostenido la Corte. expresando sobre el referendo las siguientes ideas, al poner todo el protagonismo de dicho medio democrático a la ciudadanía:

El referendo como mecanismo de reforma constitucional es, siempre, manifestación del poder constituyente derivado y ni siquiera la intervención del electorado para votar la propuesta, después de haber sido tramitada en el Congreso y revisada por la Corte Constitucional, tiene la fuerza jurídica suficiente para transformar el referendo en acto constituyente fundacional, primario u originario. Es así como en la sentencia C-180 de 2007 se señala que cuando la ciudadanía participa en la convocatoria de un referendo actúa como órgano constituido y, por ende, con poder limitado, porque una es la situación cuando el pueblo, en un acto de afirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la Constitución o darse una nueva y otra distinta aquella en la cual a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente o para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución, pues en el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario, en tanto que en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos (Sentencia C-141, 2010).

Por otro lado, y aunque se ha presando varios grupos de ciudadanos con intenciones de optar por expresar dichas decisiones vía referendo sobresalen cuestionamientos no solo constitucionales sino, también, invadiendo la órbita de la legalidad (Ávila, 2008a). Lo cierto es que se trata de un mecanismo bastante complejo que requiere de una buena cantidad de recursos, tiempo y disposición para agotar con éxito todas las etapas, aparte de los numerosos requisitos exigidos para los mismos, ha visto obstaculizado tal pretensión y visto como un obstáculo más que como un espacio de participación ciudadana.

Por otro lado, frente a la posibilidad de reforma por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, solo se han quedado en aproximaciones o invitaciones calurosas por sectores políticos radicales que, ven esta posibilidad como una oportunidad para cambiar o rediseñar posicionamientos que no les gustan o que afectan su discurso político, curiosamente siempre señaladas en épocas de crisis institucionales (Arango, 2014).

Esto deja tener como conclusión dos ideas básicas: la primera, la debilidad de estas tesis de someter a un poder considerado como ilimitado la reforma constitucional y segundo, todos los requisitos que necesita para llevarse a cabo, supone un ejercicio de ciudadanía activo, lo que genera un espacio de debate deslegitimador de una constitución que todavía es considerada nueva en el ordenamiento jurídico como que también no se ha materializado real y efectivamente todos sus mandatos.

Por último, como anteriormente fue señalado, por medio del Congreso de la República es la opción mayormente tomada para realizar los cambios constitucionales por medio de actos legislativos, sin embargo, al mismo tiempo es la vía que menos tiene participación el debate popular propiamente dicho, ya que solo su decisión se limita a las elecciones parlamentarias que termina con el apoyo a unas figuras políticas para ostentar el cargo de senador y representante a la cámara, aunque su procedimiento no es el mismo para la aprobación de un texto legal, debido a que, por su relevancia, asigna a unas condiciones características cuando se trabaja bajo un acto de reforma constitucional como se puede notar al no solo tener 4 debates como las leyes ordinarias, sino 8 o, como la condición de ser aprobado en el lapso de una legislatura y con la mayoría absoluta del ente legislativo.

Siguiendo este pensamiento, la democracia indirecta que legitima esta decisión, posee grandes críticas, ejemplo de ellas es que en el cuerpo colegiado muchos movimientos o pensamientos políticos no logran representación, existe un gran interés político dejando a un lado las verdaderas transformaciones y necesidades populares, además de la poca preparación sobre conceptos necesarios del constitucionalismo que en ocasiones desconoce las ideas desarrolladas por la doctrina constitucional.

No obstante, no se puede desconocer la trascendencia que tiene el Congreso en los actos reformativos, puesto que su participación en cada una de las vías para llegar a una reforma es necesaria. Aunque muchos apuntan su responsabilidad cuando se trata de un acto legislativo, porque cada una de las etapas son surtidas en las instalaciones y acciones del ente parlamentario. No sucede lo mismo con el referendo que aprueba la realización del mismo pero el resultado está en manos de la ciudadanía que acude a las urnas para la consolidación de la decisión o bajo la convocatoria de Asamblea Nacional Constituyente que solo aprueba la consulta al pueblo sobre el desarrollo de la misma pero, la conformación como los actos de reforma o la reforma absoluta de la Carta Política ya no está en cabeza del congreso, sino de la Asamblea como símbolo de reunión del constituyente primario.

En ese orden de ideas y en consonancia con las limitaciones que se le ha otorgado al poder constituido, representado en el poder legislativo por el Congreso como constituyente secundario o derivado, es posible desarrollar la tesis del grado de responsabilidad atribuible al mismo por la acusación de daños.

Ahora bien, teniendo claro dichos mecanismos de reforma constitucional (Titulo XIII, Constitución Política 1991) como un presupuesto básico para el entendimiento de las situaciones de actos que tiene relación inherente con los mismos y siendo aquellos un escenario para que el desconocimiento de derechos humanos pueda configurar una situación de perjuicios, podemos entrar a revisar los conceptos de actos reformativos con una idea acorde a los objetivos planteados en el trabajo investigativo.

2.2. ASPECTOS SOBRE LIMITES DEL PODER CONSTITUYENTE

Si bien el poder primario goza una plenitud desarrollada de sus funciones por ser un generador de una nueva organización tanto sociopolítica como jurídica, las nuevas teorías de la construcción estatal, han revolucionado este campo de pensamiento al coincidir el respeto que el pueblo como constituyente primario debe tener, producto de la construcción de elementos propios en la organización jurídica global. Ahora, en cuanto a las reformas hechas por algunos de los medios derivados, en especial, los ejecutados por el poder constituyente secundario en nombre de la democracia representativa y bajo la competencia del Congreso, este sí debe optar por unos límites de respeto para no chocar las ideas básicas del texto cuando fue reunido de forma primaria en manifestación la soberanía en el pueblo (Agudelo Ibáñez, 2015), lo que supone desde un análisis lógica que, un poder constituido gracias al mismo poder creador debe respetar la fidelidad como el equilibrio Constitucional como caracteres esenciales del Estado.

Es por ello que, el Control de Constitucionalidad revisa con sumo cuidado la interpretación constitucional para aprobar en juicios, generalmente de la jurisdicción constitucional que las normas y reformar a la Constitución se encuentran conforme al ordenamiento jurídico. Expresa el profesor Humberto Nogueira la siguiente tesis:

La potestad constituyente derivada es una potestad de órganos instituidos por la Constitución y sometidos a ella, como asimismo a los límites jurídicos formales y materiales que ella determina, cuyo cumplimiento puede controlar la jurisdicción constitucional, cuyo principal cometido es la defensa jurídica del orden constitucional.

La Constitución es así el fundamento de legitimidad y validez de todo el ordenamiento institucional instituido por ella. Toda producción normativa de los órganos estatales, como, asimismo, todos los actos de particulares deben guardar lealtad y fidelidad a la Carta Fundamental. Ello constituye una obligación jurídica que genera responsabilidades y sanciones, las cuales el legislador debe establecer en cada hipótesis concreta (Nogueira, 2006, pág 443).

También es menester revisar, los intereses adquiridos o las meras expectativas que tienen las personas, para luego reflexionar si son cambiadas por un mecanismo de reforma constitucional, en función de activar los mecanismos de reparación, es decir, es posible que bajo el cambio de los articulados en su esencia elemental puedan desconocerse derechos fundamentales o intereses legítimos de personas, generando el sufrimiento de un agravio injustificado y considerable, lo que generaría como resultado una indemnización por dicho móvil por parte del Estado. Un ejemplo de ello son los cambios el sistema general de seguridad social, en el sistema pensional o la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Sin duda, la responsabilidad del Estado ha venido creciendo desde el enfoque de los derechos humanos y fundamentales, sumado a la categoría de responsabilidad que estos profesan por parte del Estado quien se compromete constitucionalmente a materializarlos y cumplirlos de forma progresiva, (Artículo 2, Constitución Política de 1991). Ahora, la reflexión que se hace en estas líneas, radica en dicha posibilidad, haciendo énfasis en las manifestaciones del poder que, en cualquier ámbito de lo público, inciden sobre los lineamientos de la sociedad y los proyectos de vida de los asociados. Además, bajo motivaciones superfluas o vagas de una aparente necesidad de modificar el espíritu de la carta política colombiana, no pueden desconocerse ni los procedimientos conferidos por el poder constituyente primario, las revisiones de la magistratura constitucional (en especial, teniendo en cuenta el respeto por los derechos fundamentales desde la dignidad humana y el respeto por los bienes jurídicos tutelados). En síntesis, la institución que cambia el orden constitucional –la rama legislativa- debe hacer un ejercicio cauteloso de su acción puesto que, tiene unos límites a los cuales le debe respeto, por ello, se denomina constituyente derivado.

Las anteriores consideraciones dan como resultado que, los actos reformativos de la Constitución deben analizarse a partir de un juicio de responsabilidad estatal conforme a las líneas de la jurisprudencia contemporánea, para asociarle al mismo la categoría de imputación del daño causado, presupuesto necesario para el reconocimiento de la responsabilidad por los actos del Estado.

3. CONCEPTO DE ACTO REFORMATARIO CONSTITUCIONAL

La posibilidad que le asiste al pueblo de someterse a cambios sustanciales de su texto cumbre en el ordenamiento jurídico, ha sido tema de estudio por muchos teóricos de la ciencia política, juristas del campo constitucional y administrativo, pero bajo la óptica de la responsabilidad es muy poco lo desarrollado (Gonzalo Ramírez, 2008). Esto se debe, principalmente, al hecho que durante mucho tiempo se ha pensado al poder constituyente (incluso al constituyente constituido) como un poder soberano y absoluto que no debe verse mermado por el cambio de situaciones jurídicas, ya que la finalidad de su actuación es regular, modificar, cambiar o establecer premisas legales aplicables en el territorio. Empero, para tener una idea un poco más clara sobre este concepto que tiene que ver con las intenciones propias del cambio normativo, la doctrina constitucional haciendo énfasis en las reformas por acto legislativo hechas por el órgano legislativo, ha postulado:

La Corte ha establecido que el control constitucional de los actos legislativos es rogado, razón por la cual le está vedado revisar oficiosamente estos cuerpos normativos. Ese carácter estrictamente rogado del examen constitucional de los actos legislativos deriva no sólo de que dichas reformas constitucionales no son objeto de un control automático sino además del hecho de que la Carta prevé un término de caducidad de un año para las demandas dirigidas contra todo acto reformativo de la Constitución. En ese contexto, si bastara que el actor mencionara un vicio específico que pudiera tener un acto legislativo para que la Corte estuviera compelida a examinar integralmente esa reforma constitucional, entonces las finalidades del término de caducidad previsto por la Carta en estos eventos no se cumplirían, pues la reforma podría ser declarada inexecutable por un cargo que nunca fue formulado por ningún ciudadano dentro del año siguiente a la promulgación de la reforma (Sentencia C-572, 2004).

En este orden de ideas, aunque la actividad legislativa no es propia de las características de un servicio público, no se puede desconocer la capacidad que tiene para trasgredir derechos reconocidos a los ciudadanos (Cifuentes González, 2016), por ello, la configuración de la responsabilidad del Estado bajo el título de falla en el servicio cuando el tribunal constitucional declaraba la inexecutable de una norma, era necesario para concluir la falta de prevención como el poco desarrollo reflexivo evidenciado por los congresistas al momento de la aprobación de las normas que debía ser reprochado por no solo desde el ámbito político, sino también desde la dimensión jurídica del derecho de daños.

Por esta razón, si el daño producto por la materialización de una ley a un ciudadano que no debían soportar dicha carga por romper con los principios propios del Estado social de derecho o por la declaración de inexecuibilidad por parte del órgano competente que demostraba criterios de falta de ciudadano en el desarrollo de la actividad desplegada por la administración pública, propia del reconocido título de falla en el servicio generan la posibilidad de endilgar responsabilidad de indemnización de perjuicios al Congreso de la república bajo la facultad de legislador, máxime debe serlo cuando trasgrede los principios constitucionales a través de sus función de constituyente derivado.

Los actos legislativos, son el resultado del ejercicio del Congreso en su voluntad de modificación, adición o supresión del texto constitucional, medio por el cual puede ser nocivo al desconocer derechos adquiridos por los ciudadanos. Por ello, los actos que cambian aspectos sustanciales pueden causar perjuicios a un determinado individuo, razón por la cual, haciendo un ejercicio hermenéutico sobre la responsabilidad del Estado como lo postula el artículo 90, podría considerarse que dichas actuaciones merecen un pleno dominio jurídico para predicar los aspectos propios de la responsabilidad. Sumado a lo anterior, el concepto en el campo legal sobre autoridad pública expuesto por el artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo Ley 1437 del 2011, indica:

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades (Ley 1437, 2011).

De lo citado se concluye frente a la rama legislativa en cabeza del Congreso, por estar determinada dentro del poder público del Estado, la imputación de los perjuicios causados por la emisión de actos reformativos del texto constitucional, revistiendo de importancia que todas las actuaciones del aparato institucional estatal deben respetar las disposiciones de la dignidad humana como la responsabilidad que deben dirigir sus actuaciones, más aun cuando no es posible abogar por premisas de irresponsabilidad de organizaciones estatales basándose en argumentos de antaño sobre la naturaleza de la soberanía o la legitimidad propia para la contribución al control de la conducta en sociedad. Lo cierto es que, actualmente, la necesidad de la asociación estatal está determinada para la satisfacción de unos mínimos bienes jurídicos pactados en el contrato social que no pueden ser desconocidos, ya que afectan el núcleo esencial del discurso de los derechos humanos como los lineamientos del Estado Social de derecho.

4. PRECISIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

Teniendo como base el análisis realizado por catedráticas de la Universidad Libre, Sirley Juliana Agudelo-Ibáñez y Michelle Calderón-Ortega, en la reflexión sobre la responsabilidad generada por actos de reforma constitucional bajo una lectura de la teoría de la responsabilidad, las citadas autoras postularon situaciones que pueden entablar el debate sobre responsabilidad a la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de reparación directa o, elevarse a la configuración de un daño por el desconocimiento de lo pactado en tratados internacionales sobre Derechos Humanos. La propuesta planteada, se encuentra edificada por la aceptación de la responsabilidad del Estado legislador. Al respecto señalan las autoras:

Tres situaciones en las que el ejercicio del poder constituido de reforma constitucional, puede generar daños antijurídicos del que es predicable la responsabilidad del Estado colombiano, exigible está a través el medio de control de Reparación Directa:

- Responsabilidad Interna por daño especial, cuando el acto de reforma rompe el equilibrio de las cargas públicas.
- Responsabilidad Interna por falla del servicio, cuando el acto de reforma es declarado inexecutable.
- Responsabilidad Internacional, cuando el acto de reforma desconoce compromisos convencionales referidos a la garantía y protección de los derechos humanos (Agudelo Ibáñez & Calderón Ortega, 2016, pág. 105).

Estas directrices entonces, llevan a tener un panorama más completo sobre las funciones de control en el ámbito de reparación para el órgano legislativo colombiano, que deben estar en consonancia con la dinámica del daño internacional como lo son los criterios de reparación integral. Por lo anterior, cuando se trabajó la idea por los actos de las leyes, se mencionó únicamente el título de daño especial como fundamento del rompimiento de las cargas públicas como argumento novedoso; no obstante, también se habilita la posibilidad de integrar los daños causados cuando se desconoce obligaciones de tipo internacional y, poder transformar la declaratoria de inexecutable de una norma como falla en el servicio – como fue indicado anteriormente, pero con la visión sobre un debate ya superado-, aunque en este punto la idea a considerar es que solo debe ser predicado para los vicios de forma y no de fondo, tópico de otro debate igual de relevante al desarrollado en este artículo.

Frente a la responsabilidad adquirida en el ámbito externo encaminada por el concepto del *pacta sunt servanda* como orientador de la conducta de los Estados y de la que, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha venido elaborando en su jurisprudencia (Ovalles Rodríguez, 2015), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al determinar que el incumplimiento de lo pactado por sí solo configura un daño, máxime cuando se afecta la dimensión de los derechos humanos que es hoja de ruta de los miembros del sistema (Rincón Angarita, 2015). Es por ello que, la inobservancia práctica de cumplir con los mandatos a los cuales se ha comprometido un Estado cuando suscribe dichas convenciones o tratados, genera consecuencias jurídicas y puede derivar en responsabilidad internacional de los Estados, en especial sobre la defensa y puesta en el escenario de la realidad el goce efectivo de garantías que debe ser uniformes (Del Toro Huerta, 2002). Esta misma tesis ha sido asumida por Corte Constitucional colombiana en reciente jurisprudencia.

Para concluir, la falla en el servicio esta direccionada por el error del agente, la negligencia o falta de cuidado en el momento de consolidar la acción, dejando una serie de perjuicios por la propia negligencia cometida; por ello, cuando el órgano encargado de modificar la constitución por tener en su poder la tarea de constituyente secundario o derivado se equivoca, teniendo como presupuesto una sentencia de constitucionalidad que de esa forma lo determina, se tendría lo que en el derecho probatorio se conoce como un “principio de prueba” (Sanabria Villamizar, 2014), ya que se reconocería la poca concentración que tuvo el congreso al momento de aprobación; sin embargo, en ese orden, los autores del presente artículo se apartan de la postura dada por las autoras anteriormente reseñadas, porque se considera que el primer foco de atención en el juicio que hace el juez de daño debe ser el perjuicio ocasionado.

Sumado a lo anterior, habilitar este título de imputación por vicios de fondo, es decir, de contenido, se puede establecer un indicio importante para establecer la responsabilidad del órgano constituyente-legislativo, limitando seriamente la libertad legislativa que debe tener la institución que reúne en gran parte las diferentes visiones políticas, por ello, la vía que debe ser tomado es la posibilidad de dictarlo cuando se está en presencia de vicios de forma o procedimentales, porque es donde se puede establecer un juicio de negligencia por parte de los miembros de la institución colegiada al desconocer las mismas reglas dadas por la Constitución al momento de emitir dichas modificaciones.

Es por ello que, al encontrarse afectado por un acto legislativo, lo que se debe revisar es el nivel de quiebre de las cargas públicas y que ese mismo debe ser dado

meramente por la administración pública, porque también cabría aquí la aplicación de todas las premisas ordinarias del proceso de responsabilidad, como los hechos externos que impiden desarrollar la causalidad o algún punto en el cual se pueda eximir del deber de responder; sin embargo, es importante darle plena certeza a los administrados del poder que se tiene al momento entrar a un debate con el Estado, en ejercicio de establecer fielmente los puntos que serán objeto de litigio; es por ello que todo actuar de las instituciones estatales puede afectar a un individuo, como lo manifiestan Agudelo & Calderón. Del mismo modo, Rossi (2004) señala:

El poder de reforma puede con su actuar lesionar derechos adquiridos, afectar intereses protegidos, así como acuerdos y tratados internacionales sobre derechos humanos. Eventos de los que no es admisible una irresponsabilidad del Estado, ni absoluta, ni relativa. Por el contrario, imputar la responsabilidad del Estado frente a dichas condiciones, está justificado; su legitimidad se cimienta en la estrecha relación que debe guardar el poder constituido de reforma con la Constitución, siendo esta última, la base sobre la cual se sustenta tanto la responsabilidad, como la consecuencia resarcitoria frente a los daños generados por su actuar (Rossi, 2004).

No podemos seguir siendo indiferentes a las transformaciones que se han dado en el campo de tan magna asignatura del derecho, donde la víctima como el daño han sido objeto de constante evolución en el ideal de postular mecanismos garantistas de las diversas situaciones que se viven en comunidad, en ese orden de ideas, con la posibilidad de que, no solo los actos de ley sino los mismos prodigios de reforma constitucional puedan ser objeto de reproche, llegamos a una era propia de la responsabilidad del Estado como conquista plena de la subjetividad de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES.

La revolución propia del tema sobre la responsabilidad del Estado ha sido tan creciente en las últimas décadas que el mismo constituyente elaboró una cláusula general de responsabilidad en la que postuló que todas las entidades públicas debían responder por los agravios causados por medio de sus agentes, sea por omisión y/o extralimitación de sus funciones, introduciendo del mismo modo, un concepto que viene a configurar dicha dinámica en la responsabilidad extracontractual de la administración (Henao, 1998)., como la definición de daño antijurídico, gracias a la posibilidad de que el juicio de reproche este direccionado al perjuicio como al nexo causal de la autoridades que lo cometen, siendo garantista al superar títulos de imputación simplemente basados en la

culpa, como un elemento subjetivo que se traducía en el plano de la falla en el servicio, pero que gracias a lo anterior, el daño especial ha sido un canal para el restablecimiento de derechos de los ciudadanos lesionados, sumados a la postura del riesgo excepcional para que no se quede sin reparar los perjuicios ocasionados por las actividades estatales.

Desde la construcción del Estado moderno se ha mencionado del papel que tiene el pueblo como soberano para establecer su propio eje normativo consolidado en el parlamento o congreso como casa de la democracia representativa con preponderancia de los demás poderes, porque en ella radica la soberanía popular para la creación de las normas justas y acorde con las necesidades socioculturales. Fruto de lo anterior fue el carácter legalista que los sistemas continentales europeos profesaban en el siglo XIX y comienzos del XX, que debido a los postulados de la dignidad humana como del neoconstitucionalismo han mutado la concepción de los órdenes jurídicos establecidos (Ávila, 2008b); (Carbonell, 2007), entregándole a la persona un papel relevante en las actuaciones administrativas.

Por tal razón, en la actualidad la idea de supremacía del órgano legislativo ha sido superada en el momento que el ciudadano fue dotado de derechos fundamentales, discurso que ha sido fortalecido por las interpretaciones desde el principio pro homine (Cançado Trindade, 2007) y la supremacía constitucional que dotan de mecanismos para hacerlos efectivos, como también de herramientas democráticas de tipo directo o participativo que subrogan todo el poder estatal, generando verdaderos limitantes al desarrollo de sus posiciones, así como grandes cambios en el sistema legal, donde el derecho de daños y los criterios de responsabilidad estatal no han sido ajenos a tales procesos, es por ello que, el cambio de paradigma donde toda la administración pasa un segundo plano para entregarle a la ciudadanía conquistas de su autogobierno, es decir, su papel relevante en su patrimonio jurídico no puede ser desconocido por las entidades que dan vida al aparato institucional, pues dentro del contrato social, está el respeto y la prosperidad de toda vida humana (Artículo 2, Constitución Política 1991)

Desde ese panorama Francia y España han sido pioneros para determinar nuevas transformaciones del derecho de daños concernientes a la posibilidad de adjudicarla a los órganos legislativos por cometer un agravio o lesionar los derechos subjetivos de un ciudadano, obviamente en el terreno de lo injustificado, teniendo presente el rompimiento de las cargas públicas para poder determinarlo de esa manera. Nada se puede criticar de las indemnizaciones como justificaciones de daños que la misma ley establece en su cuerpo normativo puesto que, en ese mismo instante está reconociendo

el daño y motivando la ejecución del mismo, también es importante tener presente el papel que juegan los tribunales constitucionales porque pueden ser el parámetro de entendimiento sobre el fallo cometido por el congreso, como lo asegura el pensamiento español, que le entrega a la revisión constitucional un papel activo para poder acceder a la reparación por un daño imputado al órgano legislativo.

La jurisprudencia colombiana no ha sido ajena al mismo y, por lo tanto, se puede hablar de daño especial por el hecho del legislador cuando, producto de un acto de ley, se logran permear algunos daños menoscaban patrimonialmente como inmaterialmente a la víctima, por lo que, gracias a la jerarquización normativa ha sido de vital importancia en el entendimiento que todas las entidades del Estado deben respetar la órbita de la ciudadanía y no postulando nuevos obstáculos, que desconocen los criterios de la dignidad humana y que han desgastado el estudio del derecho de daños, en ese orden de ideas, el Congreso como ente rector en la actividad de creación normativa –por su facultad como legislador y constituyente derivado- debe atender los mínimos de precaución ética y axiológica al momento de configurar un cuerpo jurídico, para no causar agravios donde se comprometa la responsabilidad de la nación.

Infométrica | Serie Sociales y Humanas

Superados los interrogantes anteriores, resta revisar si el congreso bajo la función de ser el constituyente derivado también debe responder con los mismos criterios al momento de comentar un daño, lo que nos lleva afirmar que sí es posible y no solo por el título de daño especial sino también por el de falla en el servicio cuando se ha sido declarado dicha modificación inexecutable por no ser ajustada a la constitución, aunque este último parámetro es un poco debatible por el abandono de la componente subjetivo en los juicios de responsabilidad; es por ello que se logra concluir que, por este título de imputación se debe adjudicar solo por vicios de forma al comprender la falta y cuidado de los congresistas al momento de la hechura del texto constitucional como también a raíz del concepto de daño internacional, ya que, en este ámbito, se puede configurar un desconocimiento de las obligaciones pactadas en los convenios de derechos humanos y por ello, deja a las personas desprovistas de unos derechos que por convencionalidad habían adquirido y gozado en el terreno de su patrimonio jurídico (Brever-C. y Santofimio, 2013); (Cubides Cárdenas, Chacón Triana & Martínez Lazcano, 2015).

En ese orden de ideas, se observa la importancia que ha tenido los derechos fundamentales al momento de entrar al debate de la responsabilidad por ser parámetros para la adjudicación de nuevas teorías como manifestaciones en el derecho de daños,

permitiendo buscar ideas garantistas de las mismas, y poder afirmar la necesidad de que todos los miembros de la sociedad se sientan cobijados por la seguridad jurídica de los proyectos de Estado que han firmado en sus constitución, que incluso el congreso en su poder derivado debe respetar, bajo este panorama todos los estamentos de un poder público entran a tener parte en la teoría de la función reparadora como preventiva al momento de establecer sus acciones en búsqueda de no cometer daño, finalidades inherentes al momento de hacer estudios sobre la responsabilidad civil y del Estado.

Para terminar, estas tendencias de la responsabilidad hacen necesario que el profesional de derecho establezca con desde su epistemología la forma no solo sustancial sino procedimental en que impone cada uno de los sistema de responsabilidad que se han desprendido actualmente, en gracia de discusión es la manera que la reparación integral no solo debe ser entendida como nuevos criterios para reparar sino también nuevos estamentos, títulos y sistemas que totalicen la forma de que los ciudadanos puedan acceder mediante garantías jurisdiccionales a restablecer los derechos que pueden ser afectados por cualquier persona de derecho público, como también las directrices de la parte civil para las relaciones del derecho privado (Cárdenas Caycedo, 2016), donde el derecho de daños se constituye en el foco apasionante de los debates jurídicos presentes y futuros.

Referencias.

- Aberastury, P. (2005). *Responsabilidad del Estado por Actividad Normativa* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexisnova.
- Agudelo Ibáñez, S. (2015). Identidad Constitucional: Límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 123-154. Obtenido de <file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-IdentidadConstitucional-6713579.pdf>
- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 123 - 154. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713579>.
- Agudelo Ibañez, S., & Calderón Ortega, M. (2016). Responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por actos de reforma constitucional. *Revista Justicia*(29), 99-118. doi:http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1236

Alonso Garcia, M., & Leiva Ramirez, E. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista Derecho del Estado*(29), 145-173. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295>

Alonso, M., & Leiva Ramirez, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho de legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 77-106. Obtenido de <https://revistas.uosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>

Álvarez, F. (1990). El por qué de la reforma constitucional. *Constitutionalistas ante la Constituyente*. Bogotá, Colombia: Temis.

Aragón, M. (1991). La democracia como forma jurídica. Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/1991/hdl_2072_1451/ICPS32.pdf

Arango, R. (28 de marzo de 2014). Asamblea Nacional Constituyente: ¿Para qué? El Espectador. Obtenido de <https://www.elespectador.com/opinion/asamblea-nacional-constituyente-para-que-columna-483596/>

Arévalo Perdomo, E., & Sotomayor Espitia, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011 a la luz de la teoría neoconstitucional. *Academia & Derecho*, 7(13), 91-118.

Avendaño Castro, W. R., Mogrovejo Andrade, J. M., & Bastos Osorio, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Academia & Derecho*, 5(9), 153-182. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/13/13>

Ávila, R. (2008a). El principio de legalidad vs el principio de proporcionalidad. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. México: Ministerio de Justicia y derechos humanos. Serie justicia y derechos humanos.

Ávila, R. (2008b). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y derechos humanos.

Bachof, O (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra Ediciones. Barroso, L. R. (2008). *El neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho* (Primera Edición ed.). México: UNAM Instituto de Investigaciones jurídicas. Barreto Rodríguez, J. (2008). *Derecho Constitucional*. Programa Administración Pública Territorial (1 ed.). Bogotá D.C: Editorial Escuela Superior de

Administración Pública. Obtenido de <http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/3-Derecho-Constitucional.pdf>

Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Academia & Derecho*, 237-264.

Calderón Ortega, M. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 71-97. Obtenido de <file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-EstadoDeCosasInconstitucionalPorOmissionEnLaExpedic-6713662.pdf>

Calderón Ortega, M. A. N. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Academia & Derecho*, (8), 71-97.

Cançado Trindade, A. (2007). La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. *Revista IIDH* 46, 46, 273-328. Recuperado de

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r22025.pdf> Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos (No. 342.4 (04) 342.46). e-libro, Corp.. Carré de Malberg, R. (1998). Teoría general del Estado.

Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308.

Carrillo Salcedo, J. A. (2001). Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional (Segunda Edición ed.). España: TECNOS.

Carrillo Velásquez, A. (2015). Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana. *Academia & Derecho*, 7(13), 119-142.

Cerra, J., (2004). La Constitución no es el límite: impugnación de actos legislativos los límites del poder constituyente. *Revista de Derecho*, (22), 105-136. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2845>.

Charria Segura, J. (2013). El Referendo Constitucional y la Reelección Presidencial (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Ibañez.

Cifuentes González, R. (2016). La responsabilidad del Estado-Legislador: Desde la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación. *Revista Ciencias*

- Juridicas(14), 73-92. Obtenido de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/5-LA+RESPONSABILIDAD.pdf/514a6d49-9a27-4efe-a918-c7852b3fb71d>.
- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Cubides Cárdenas, J. A., Chacón Triana, N., & Martínez Lazcano, A. J. (Julio- Diciembre de 2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), (53-94).
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿Una garantía para la protección del medio ambiente? *Revista Academia & Derecho*, 7(12), 53 - 86. <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/115/167>.
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Academia & Derecho*, 7(12), 53-86.
- Del Toro Huerta, M. (2002). La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (pp.663-686). Recuperado de <http://www.fmyv.es/ci/es/DH/14.pdf>
- Fajardo Arturo, L. (2009). Efectos del Bloque de Constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 9(17), 65-78. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532009000200005.
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Pelayo Moller, C. (2012). Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Revista Estudios Constitucionales*, 10(2), 141-192. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200004>.

Flórez López, J. R. (2016). La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano. *Academia & Derecho*, 7(13), 309-332.

García Vargas, K. K., & Pérez Fuentes, C. A. (2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia. *Academia & Derecho*, 6(10), 241-272.

Gonzalo Ramírez, C. (2008). Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: Entre democracia y demagogia. *Revista Derecho del Estado*(21), 145-176. Obtenido de <file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-ReformasALaConstitucionDe1991YSuControlDeConstituc-3400221.pdf>

Henao, J. (1998). El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad del Externado.

Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente CRF-003. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Irisarri Boada, C. (10 de junio de 2000). El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. (Tesis de pregrado). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Javeriana. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Jinesta Lobo, E. (2005). Responsabilidad del Estado Legislador. San José de Costa Rica: Revista de Derecho Público. Obtenido de https://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20LEGISLADOR.PDF

Kelsen, H. (1995). Teoría General del Estado (6 ed.). México D.F, México: Editorial Nacional.

Ley 1437. (18 de enero de 2011). El Congreso de la República. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Martínez Caballero. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes D-017, D-051 y D-110. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-544-92.htm>

- Mejía Turizo, J., & Navarro Villacob, J. (2017). Presupuestos configurativos de responsabilidad del Estado legislador. *Revista Justicia*, 32, 64-78. doi:<https://doi.org/10.17081/just.23.32.2905>.
- Molano Molina, H. (2006). *Lecciones de Teoría Política* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad Javeriana.
- Muñoz López, C. A. (2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls. *Academia & Derecho*, 6(10), 273-314.
- Naranjo Mesa, V. (2014). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (12 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.
- Nogueira Alcalá, H. (2006). Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile. *Revista Estudios Constitucionales*, 4(2), 435-465. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82040119.pdf>.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Revista Ius et Praxis*, 15(1), 229-262. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>
- Ovalles Rodríguez, F. (2015). Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, en el derecho disciplinario colombiano. *Academia & Derecho*, 6(11), 227-258.
- Parra Cely, L. (15 de agosto de 2019). Análisis Jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el Acto Administrativo ilegal, ilícito e inconstitucional. (Tesis de pregrado). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23431/1/An%C3%A1lisis%20Jurisprudencial%20de%20la%20responsabilidad%20patrimonial%20extracontractual.pdf>
- Quinche Ramirez, M. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano* (6 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis. Recuperado de <http://docs12.minhateca.com.br/820652384,BR,0,0,R.-Carr%C3%A9-de-Malberg--Teor%C3%ADa-general-del-Estado.pdf>

Rincón Angarita, D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Academia & Derecho*, 6(11), 297-334.

Rossi, L. (2004). El poder constituyente y el líder plebiscitario: formas de la nación en la teoría política de Carl Schmitt. *Revista Signos Filosóficos*, 6(12), 117-146. Obtenido de <https://signosfilosoficos.izt.uam.mx/index.php/SF/article/view/283/27>

Ruiz Orejuela, W. (2007). *Responsabilidad del Estado* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Consejo Superior de la Judicatura & Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Ruiz Orejuela, W. (2011). *Responsabilidad del Estado Legislador* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Panamericana.

Ruiz Orjuela, W. (2005). Responsabilidad del Estado Legislador. *Revista Civilizar*, 5(9), 75-88. doi:<https://doi.org/10.22518/16578953.709>

Sanabria Villamizar, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Academia & Derecho*, 5(9), 83-110. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/11/11>

Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Academia & Derecho*, 7(12).

Sentencia C-141. (26 de febrero de 2010). Corte Constitucional. La Sala Plena. M.P.:

Sentencia C-544. (1 de octubre de 1992). Corte Constitucional. La Sala Plena.

Sentencia Reparación Directa 6515. (31 de octubre de 1991). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 6515. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920414b8cf034e0430a010151f034

Sentencia C-572. (8 de junio de 2004). Corte Constitucional. La Sala Plena.

Uprimny Yepes. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4906. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-572-04.htm>

Vila Casado, I. (2012). Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.