



Sentencia 470 de 1995 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RADICACIÓN No. 470

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR *DIEGO YOUNES MORENO*

PROCESO CONSTITUYENTE - Causas

El Proceso constituyente que dio origen a la Constitución Política de 1991 de nuestro país, obedeció a unas profundas crisis de orden político y constitucional, por conocidas, entre otras: a) El infructuoso itinerario de reformas e intentos de reforma que finalmente fracasaban, llegando así a producirse un sensible malestar nacional y el aumento de un sentimiento de profunda reforma constitucional, que interpretará de manera más auténtica la realidad colombiana, y surgieran unos más flexibles mecanismos de adaptación a las exigencias de la modernidad. Piénsese en la frustrada pequeña constituyente y en la inxequibilidad de la reforma de 1979; b) Otra de las causas que originaron el proceso constituyente de 1990 - 1991 fue la crisis política, que tuvo varios motivos: la limitación impuesta por el frente nacional, que si bien buscó la convivencia civilizada entre los partidos liberal y conservador, limitaba el libre funcionamiento de régimen democrático. Por eso se ansiaba el tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa; c) El Congreso como institución había entrado en crisis; ineficaz para unos, para otros no daba la debida representación a todas las fuerzas políticas del país, lo que originó que parte del pueblo no se sintiera total y debidamente representado en él. Por eso nació el movimiento de la "Séptima Papeleta" que vio cristalizado su propósito con la expedición del Decreto Legislativo No. 1926 de 1990, que convocó a la Nación, previo acuerdo con los partidos y movimientos políticos, a elecciones para una Asamblea Constitucional, señalando además los requisitos para los aspirantes y el temario a tratar por la Asamblea.

[Ver Decreto Nacional 1421 de 1993](#)

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE / PERIODO CONSTITUCIONAL DE CONGRESISTA - Interrupción / PODER CONSTITUYENTE - Inexistencia de control jurisdiccional / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR INTERRUPCION DE PERIODO CONSTITUCIONAL DE CONGRESISTA - Improcedencia.

Procede la Sala Plena a definir si como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1º de diciembre de 1991, impidiéndole así completar el periodo electoral para el que había sido inicialmente elegido, se puede llegar a configurar una responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, como consecuencia de los presuntos perjuicios morales y materiales alegados, como se le desconoció y suspendió dicho período. Dicho en otros términos, se plantea a la Sala el cuestionamiento de si puede predicarse la responsabilidad del Estado, cuando el supuesto hecho dañino lo causa un acto de la Asamblea Nacional Constituyente. Los actos producidos por el poder constituyente, por mandato expreso de la Asamblea en el artículo 59 transitorio, no quedaban sujetos a control jurisdiccional alguno. La deducción de responsabilidad patrimonial del Estado, por principio, se deriva del ejercicio de un control de carácter jurisdiccional. En otras palabras, es un resultado de la actividad y decisión jurisdiccional. El control, en este caso, es paso indispensable para deducir la responsabilidad, y sólo es posible en la medida en que exista un órgano competente para hacerlo y un marco jurídico anterior, que permita el cotejo de la actuación cuestionada. En este caso no existe ni lo uno ni lo otro. No se puede deducir responsabilidad al poder constituyente; ésta se predica del Estado como centro de relaciones jurídicas, así lo había elaborado la jurisprudencia nacional y hoy lo prevé el artículo 90 de la Constitución Nacional. Así las cosas, dilucidando como está, que la jurisdicción de lo contencioso - administrativo y cualquier otra jurisdicción, no tienen dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el *sub judice*.

REPRESENTACION POLITICA - Surgimiento / PODER LEGISLATIVO - Titularidad / SOBERANIA NACIONAL / SOBERANIA POPULAR.

Conjuntamente con la doctrina del poder constituyente, surgió la institución de la representación, porque ante la imposibilidad de que cada hombre tuviera en sí el poder legislativo, se hizo necesario que el pueblo eligiera a un determinado grupo de representantes, para que este realizara lo que no podría hacerse individualmente. Y desde entonces se determinó también, que en la soberanía del pueblo residía el derecho de revocar a sus representantes y sustituirlos cuando se desviaran del fin para el que habían sido elegidos. Entre nosotros, desde los orígenes de la república, el representante es elegido por un conglomerado para ser miembro de un determinado cuerpo colegiado, pero no es solamente representante de sus propios electores, sino de todo el pueblo, lo cual le impone unas determinadas limitaciones a la figura de la representación. Estos lineamientos se mantuvieron en la actual Constitución, en los artículos 133 y 258 en los que consagra que el electorado no impone

obligaciones al elegido, llámese senador, representante, diputado o concejal, los que, en sentido contrario, tampoco adquieren ningún derecho subjetivo sobre la dignidad que reviste la representación. Se trata entonces de un mandato político constituido mediante el voto, para llevar a cabo una gestión o actuación política, que debe consultar los postulados de la justicia, el bien común, la equidad y la buena fe.

CONGRESISTA - Representación Política / PARTIDOS POLITICOS - Representación

El congresista es un representante de la comunidad, que debe velar por los intereses de todo el pueblo, lo que da a su cargo una naturaleza eminentemente política, por lo que las contraprestaciones que adquieren es la posibilidad que le otorgan los electores de que los represente. Pero se dirá, con "mayor precisión" que son los partidos los que ejercen propiamente esa representación a través de sus congresistas que con su aval hayan resultado elegidos en los comicios electorales.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - Inexistencia de control jurisdiccional / ACTO POLITICO - Asamblea Nacional Constituyente

Una Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tenga ningún tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de un poder mediante actos de carácter eminentemente políticos. Es por ello que, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tienen competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente. En este caso concreto, ni los Tribunales Administrativos ni el Consejo de Estado, como poderes constituidos y derivados del ordenamiento constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella.

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno*.

Radicación número S - 470.

Actor: Feisal Mustafá Barbosa.

Habiendo sido negada la ponencia presentada por el Consejero doctor Daniel Suárez Hernández, procede la Sala a decidir el recurso interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 25 de noviembre de 1993 proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 9 de septiembre de 1992 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el doctor Feisal Mustafá Barbosa, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. y por conducto de su apoderado, formuló demanda contra el Estado colombiano (la Nación), para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Primero: Se declare que el Estado colombiano (la Nación) es responsable por los perjuicios morales y materiales que se le causaron al señor Feisal Mustafá Barbosa, al habersele desconocido y suspendido el período constitucional de cuatro años para el cual fue elegido como Senador Principal soberanamente por el pueblo colombiano el día 11 de marzo de 1990, que comenzó el 20 de julio de 1990 y terminaba el 19 de julio de 1994, desconocimiento que hizo arbitrariamente la Asamblea Constitucional en los artículos transitorios 1 y 3 de la nueva Constitución Nacional expedida el 4 de julio de 1991 al clausurar el Congreso legalmente elegido y convocar a nuevas elecciones para el 27 de octubre de 1991.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior el Estado colombiano (la Nación) indemnizará y ordenará el pago a favor del señor Feisal Mustafá Barbosa de los siguientes valores que deberá liquidar a través del organismo oficial de su competencia:

a) El valor de cuatro mil gramos oro según certificado que sobre su precio expida en su momento el Banco de la República por concepto de perjuicios morales;

b) Por concepto de perjuicios materiales:

1. El valor actualizado a la fecha de la práctica de la respectiva liquidación, de la asignación mensual a que como congresista tenía derecho (sueldo básico y gastos de representación) en el período de tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1991 y el día 19 de julio de 1994 teniendo en cuenta los aumentos o indexaciones que legalmente se causen o puedan causarse dentro de dicho período.

2. El valor de las primas (de localización, vivienda, transporte, salud, etc.) a que los congresistas tengan derecho durante dicho período (1º de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994) y los demás incentivos y subsidios a que como Congresista mi poderdante tenga derecho de acuerdo con el Decreto Nacional No. 801 de 1992 y normas posteriores pertinentes.

3. El valor de los servicios de seguridad social a que los congresistas tengan derecho durante ese mismo lapso de tiempo.

4. Que se declare que para todos los efectos legales no ha habido solución de continuidad entre el 1º de diciembre de 1991 y el 19 de julio de

1994, de modo que se acumule dicho período como tiempo hábil computable para la pensión de jubilación o retiro y futuras prestaciones.

Tercero: El Estado colombiano (la Nación) dará cumplimiento al reconocimiento y pago de los anteriores valores dentro de los términos previstos por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, reconociendo adicionalmente un interés comercial durante los primeros seis meses y si no se operare el pago en dicho lapso de tiempo, un interés moratorio hasta el día en que se efectúe su pago a satisfacción.

Cuarto: El Estado colombiano (la Nación) repetirá el valor de esas condenas contra quienes con su acción dieron lugar a ellas en su calidad de Miembros de la Asamblea Nacional Constitucional que sesionó entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991.

2. Fundamentos de hecho

Se refiere en la demanda que en las elecciones celebradas el 11 de marzo de 1990, para el período constitucional comprendido entre el 20 de julio de 1990 y el 19 de julio de 1994, fue elegido Senador Principal de Santander por el Partido Social Conservador Feisal Mustafá Barbosa, quien se posesionó y ejerció el cargo, sin solución de continuidad, hasta el 30 de noviembre de 1991, en razón a que por decisión de la Asamblea Nacional Constitucional el 1º de diciembre de 1991 se posesionó el nuevo Congreso "desconociendo el resto del período y los derechos adquiridos por los Congresistas elegidos en las elecciones del 11 de marzo de 1990, los cuales tenían vigencia hasta el 19 de julio de 1994, privándolos de seguir ejerciendo sus funciones".

El gobierno mediante el Decreto 927 de 1990 determinó que se escrutará la consulta plebiscitaria sobre la convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución Nacional. Dicho decreto la Corte Suprema de Justicia lo encontró ajustado a derecho. En las elecciones del 27 de mayo de 1990 salió avante la convocatoria de la Asamblea Constitucional. Por medio del Decreto 1926 de 1990, el gobierno dispuso que el 9 de diciembre del mismo año se procediera a la elección de los aspirantes a la Asamblea Constitucional, precisó el período de sesiones e incorporó en su texto el acuerdo político suscrito entre los voceros de los partidos y movimientos. Examinado dicho decreto por la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación declaró exequible tal estatuto, pero declaró inexecutable gran parte del acuerdo político, "realizando algunas consideraciones de tipo legal, a las que la Corte adjudicó valor normativo, entre las cuales se encontró la de la obligación impuesta a los Constituyentes de respetar el período del Presidente y de los elegidos el día 11 de marzo de 1990, dentro de quienes se encontraban los Senadores de la República".

(Destacado en el texto).

Los dos decretos anteriormente mencionados, es decir, el 927 y el 1926 de 1990, se refirieron a la convocatoria de una Asamblea Constitucional, pero no Constituyente; y en la papeleta que se utilizó para su convocatoria e integración se impuso la limitante: para "reformar la Constitución Política de Colombia", lo cual no acató la Asamblea Constitucional al extralimitar sus funciones cuando expidió la nueva Constitución que vino a derogar la anterior.

Anexos a la nueva Carta y con carácter de transitorias, los miembros de la Asamblea Constitucional agregaron unas disposiciones ajenas al objeto de la convocatoria, y fue así como en el artículo Primero Transitorio, convocaron a nuevas elecciones generales del Congreso de la República para el 27 de octubre de 1991 y señalaron como período hasta el 19 de julio de 1994, que correspondía a quienes ya habían sido elegidos en las elecciones del 11 de marzo de 1990. En la nueva Constitución no se revocó expresamente el mandato popular a los congresistas elegidos en 1990. Así mismo, en el artículo Tercero Transitorio, se determinó que mientras se instalaba el nuevo Congreso el 1º de diciembre de 1991, el anterior y sus comisiones entrarían en receso y no podrían ejercer sus atribuciones. La razón de ser de las anteriores disposiciones, la atribuye el actor a "sentimientos no patrióticos, mezquinos y utilitaristas de los Constituyentes...".

Ante semejantes manifestaciones propias de un proceder "omnímodo y omnipotente", el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, expresaron públicamente que los miembros de la Asamblea Constitucional carecían de facultades y competencia para revocar el período del Congreso. Empero, con inexplicable aval del mismo Presidente de la República, se suscribió un acuerdo político que aconsejaba desconocer o suspender el período de los congresistas elegidos en marzo de 1990, a cambio de que los constituyentes respetaran las inhabilidades que el Decreto 1926 de 1990 les había señalado previamente y que les impedía hacerse elegir para cuerpos colegiados. Fue este el inicio de la actuación que culminó con la violación de "los Derechos que los Senadores en ejercicio habían adquirido derivados de disposiciones constitucionales que les determinaban un período fijo para ejercer sus funciones...".

Por razón de la elección y posesión de sus cargos, "surgió para cada uno de los Senadores de la República, una situación jurídica de tipo subjetivo que no podría ser desconocida posteriormente por un organismo del Estado que actuaba de manera delegada con base en el mandato preciso y limitado que el pueblo le otorgó para reformar la Constitución como lo advirtió la Corte, sin afectar los períodos de los elegidos el 11 de marzo de 1990. Tal limitación fue además reconocida por el propio Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia de abril 30 de 1991".

(Subrayas del texto).

Fue así como la Asamblea Nacional "desconoció los derechos subjetivos de los Congresistas en ejercicio, ocasionando la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas al verse sancionados moral y patrimonialmente de manera injusta, afectación que el Estado está obligado a indemnizar. El daño se materializó el día primero de diciembre de 1991...", cuando se instaló el nuevo Congreso por el Presidente de la República.

La Asamblea Constitucional para lograr apoyo de opinión en su afán de revocar el período de los congresistas acudió a una campaña de

difamación y descrédito que generó a su vez perjuicios morales para aquellos, aumentados por la pérdida de su dignidad parlamentaria sin causa o razón justificadas. Tal perjuicio moral lo tasa el demandante en valor equivalente a 4.000 gramos de oro. Sostiene además, que no podía la Asamblea Constitucional desconocer el período inicial, sin olvidar la decisión de la Corte Suprema de Justicia que expresamente prohibió hacerlo, actuación que originó perjuicios de orden patrimonial indemnizables mediante el reconocimiento de "la plenitud de sus derechos económicos, de seguridad social y de acumulación de tiempo de servicio sin solución de continuidad".

Así lo deduce del artículo 7º de la Ley 4ª de 1992 y del Decreto 1076 de 26 de junio del mismo año, al establecer que los empleados del Congreso que en desarrollo del aludido decreto se retiren del cargo tienen derecho a los haberes salariales respectivos.

Refiere, por último, que a pesar de que a partir de la vigencia de la nueva Carta Política los Congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 quedaron sin funciones, sin embargo, se les continuaron reconociendo sueldos y derechos patrimoniales hasta el 30 de noviembre de 1991, reconociéndose así la existencia de derechos inherentes a su propia condición, los cuales merecían protección por el resto del período para el que los habían elegido.

3. Fundamentos de derecho

Considera el demandante que el desconocimiento o suspensión del período de los miembros del Congreso fue contrario a la ley, por las siguientes razones:

1. Razona en el sentido de que según el inciso 2º del artículo 2º de la Constitución Nacional vigente, correspondiente al artículo 16 de la anterior, el deber de indemnizar surge de la violación del orden jurídico y para que nazca es suficiente que se ocasione un perjuicio. "No se requiere que los constituyentes hubieren controvertido el orden jurídico", sino que era suficiente el desconocimiento del derecho del actor a terminar su período, ocasionándole perjuicios morales y materiales que el Estado debe indemnizar. Al parecer pretende fundamentar la pretendida responsabilidad sobre la teoría del daño especial derivada del desequilibrio de las cargas públicas.

2. Aduce igualmente que la Asamblea Constitucional "desvió y excedió su competencia vulnerando arbitrariamente derechos conferidos a mi poderdante soberanamente elegido por el propio pueblo colombiano...".

Afirma que el Constituyente primario dio a la Asamblea Nacional Constitucional competencia sólo para "reformular la Constitución", según lo deduce de los actos jurídicos que dieron lugar a su convocatoria y posterior constitución. Alude a la sentencia de 9 de octubre de 1990 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto 1926 de ese año, providencia en la que al estudiar el tema de la guarda del orden constitucional, se refirió a los "límites impuestos por el constituyente primario en las elecciones del 9 de diciembre". Destaca el actor cómo la Corte consideró "que los actuales períodos de los funcionarios mencionados en el punto 9º. A), del acuerdo político incluido en la parte considerativa del Decreto 1926 de 1990 no podrán ser afectados...", criterio que así mismo compartió en su momento el Presidente de la República al emitir un comunicado referente a la sentencia comentada y reiteró en la clausura de la legislatura de 1990 al expresar: "Los miembros recién elegidos de la Asamblea son conscientes de que, como lo reiterara la Corte en sus trascendentales pronunciamientos de este año, la reforma debe estar dirigida a fortalecer y profundizar las instituciones y la democracia participativa, y de que, como ya lo señaló la Corte en su fallo, los períodos de los funcionarios elegidos, como el Presidente de la República o los congresistas, no podrán ser modificados... Menos aún podrá la Asamblea destituir o cambiar a las personas legítimamente elegidas para conformar los órganos del Estado...". En forma incomprensible, anota el actor, el Jefe del Estado suscribe el 7 de junio de 1991, junto con los Presidentes de la Asamblea Nacional Constitucional y el expresidente Alfonso López Michelsen entre otros, un comunicado en el cual se recomienda a los Delegatarios de la Asamblea Constitucional aprobar como disposición transitoria la convocatoria a elecciones generales del Congreso "para el 6 de octubre de 1991 o una fecha posterior convenida más adelante" y que mientras se instalaba el nuevo Congreso, la Corporación debía entrar en receso. Tal recomendación fue acogida por los Delegatarios para desconocer así "el período que soberanamente el pueblo había fijado a los Congresistas elegidos el 11 de marzo del año anterior y que iba hasta el 19 de julio de 1994. Dicho acto indiscutiblemente excedió la facultad otorgada por el pueblo a la Asamblea Constitucional".

Tal comportamiento de la Asamblea Nacional Constitucional no lo considera el demandante como un acto de reforma de la Constitución Nacional y sostiene que desde cuando aquella Corporación determinó que no se encontraba sometida a control alguno rompió el orden jurídico y la condujo a un desconocimiento de los derechos particulares. Manifestó igualmente el actor que la Asamblea "tuvo la naturaleza de órgano delegado representativo; y al arrogarse el poder constituyente total, propio solamente del pueblo, en materias que previamente le fueron limitadas, produjo actos antijurídicos. Tal sucedió con el desconocimiento del resto del período para el cual recibieron los congresistas el mandato popular que antes ostentaban". Más adelante agrega: "Indudablemente en nuestro caso, el ejercicio del poder constituyente a través de la Asamblea Constitucional de 1991 se limitó por el mismo constituyente primario en los dos actos mediante los cuales el pueblo manifestó su voluntad: primero el 27 de mayo y posteriormente el 9 de diciembre de 1990; el primero de los cuales dio base para que el gobierno desarrollara el mandato del 27 de mayo mediante el Decreto 1926 de 1990 que limitó claramente su tarea reformativa dentro de la cual quedó en firme la prohibición de afectar el período de los congresistas", de tal manera que surgió para el Estado la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a aquellos. Se respalda además en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre la exequibilidad de los decretos sobre la Asamblea Constitucional y conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad por la remoción de los funcionarios al servicio del Congreso, donde se permite su desvinculación una vez se los haya indemnizado, criterio que estima el demandante ha debido seguirse en relación con los congresistas que no pudieron culminar su período.

Se refiere el demandante, de otra parte, a la responsabilidad del Estado y a sus elementos estructurales, así: La actuación del Estado,

consistente en la decisión de declarar en receso el Congreso elegido el 11 de marzo de 1990 y convocar para nuevas elecciones en octubre de 1991 y la aprobación por parte de la Asamblea de los artículos transitorios 1 y 3 de la nueva Carta, mediante los cuales se materializó el daño cuya reparación se reclama.

Afirma que el Estado es patrimonialmente responsable al tenor del artículo 90 de la Constitución Política por los daños antijurídicos que le sean imputables y que la actuación estatal vulneró el interés individual del actor al privarlo de la oportunidad de disfrutar de sus derechos. Señala que el Consejo ha reconocido la responsabilidad estatal así se obre dentro del marco legal, fundado en el principio de equidad y en la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas. Encuentra igualmente demostrado el daño y el nexo causal entre este y la actuación oficial que culminó con la decisión de clausurar el Congreso desconociendo el período constitucional de los parlamentarios.

Los perjuicios morales los hace derivar de las perturbaciones causadas al actor como consecuencia de las actitudes de los Constituyentes recogidas por la prensa nacional en contra de los congresistas, cuya probidad y honestidad fueron puestas en duda lesionándose así su honor y su dignidad. Los perjuicios materiales los traduce en los ingresos salariales y prestacionales correspondientes al resto del período para el cual había sido elegido, o sea, hasta el 19 de julio de 1994, con todos los reajustes que se hayan presentado y los incentivos a que legalmente hubiese tenido derecho el demandante.

4. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Gobierno, por conducto de apoderado dio contestación a la demanda para solicitar el rechazo de las pretensiones del actor. Consideró que el actor ostentaba un cargo de elección popular que podía ser removido en cualquier momento por el Constituyente Primario, a más de que la actitud popular del 27 de octubre de 1991 fue en acatamiento de la Constitución Nacional. Plantea cómo antes de la expedición de la nueva Carta, la Corte Suprema de Justicia al revisar constitucionalmente el Decreto 1926 de 1990 "declaró inconstitucional los apartes del acuerdo político incluido en el Decreto ... en lo concerniente a que no ¿podía modificar el período de los elegidos¿ congresistas en 1990". Igualmente adujo que de acuerdo con el artículo 59 de la Carta Política, "los actos promulgados por la Asamblea Constituyente no está sujetos a control jurisdiccional alguno", habiéndose pronunciado en igual sentido la Corte Constitucional.

Estima de otra parte, que por el contenido salarial y prestacional de la reclamación, se trata en el *sub judice* más de una acción de restablecimiento del derecho, ya prescrita, y no de una reparación directa. De igual manera sostuvo que las normas constitucionales son de obligatorio cumplimiento y que no puede pensarse que de los artículos transitorios de la Carta, emergió una desviación de poder que a su vez generó un daño, en razón a que se trata de un mandato soberano del Constituyente primario que quiso reformar y renovar todas las instituciones. Contra esa decisión no cabe la acción de reparación directa por ser derivada de una orden constitucional para hacer un "nuevo Congreso".

Consideró que si la Corte había declarado inconstitucional la parte del Acuerdo Político en la cual se señalaba que la Asamblea Nacional Constituyente no podría modificar el período de los congresistas elegidos en 1990, carece entonces de sentido que se solicite una indemnización cuando aquella Corporación ya se había pronunciado en ese caso concreto y los artículos transitorios 1 y 3, de obligatorio cumplimiento, ordenaban una nueva elección. Así las cosas, concluye que afirmar que de allí surgió una desviación de poder o un daño, "sería permitir ir contra la constitucionalidad de las normas y de la jurisprudencia misma que precedió a la Asamblea Nacional Constituyente, para su legitimidad".

Propuso la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, por cuanto la parte actora omitió explicar el concepto de violación de las normas presuntamente violadas, impidiéndole a la parte demandada responder en forma concreta los cargos mismos de la demanda. Plantea así mismo que la convocatoria a nuevas elecciones por ser una decisión de estirpe constitucional, conforme al artículo transitorio 59 de la Carta, no se encuentra sujeta a control jurisdiccional alguno. Argumentó igualmente, que no cabe en el *sub judice* de la acción de reparación directa, por cuanto no se dan las acciones u omisiones oficiales inherentes a este tipo de acción, pero en cambio, conforme a la misma demanda, considera que la acción procedente hubiera sido la de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo término ya caducó.

En la oportunidad para alegar de conclusión el apoderado de la parte demandada insistió en los razonamientos expuestos al contestar la demanda. Sustentó sus planteamientos con transcripciones de algunos apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia donde se estudió la constitucionalidad de los Decretos 927 y 1926 de 1990, antecedentes jurisprudenciales que, en su concepto, legitimaron la decisión del constituyente primario de reformar la Constitución Nacional. Cuestiona el derecho del demandante a ser indemnizado en razón a que al reformar la Constitución Nacional bien podía la Asamblea Constitucional modificarle el período a los congresistas.

Reiteró que en varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha expresado que la Constitución Política en sí misma, su promulgación y sus disposiciones no son susceptibles de ataque ante jurisdicción alguna y para el efecto transcribe lo pertinente de la sentencia. Manifestó que el actor confundió la considerativa y la resolutive de la sentencia de la Corte, así como la nulidad de los actos jurídicos, con la decisión de la Asamblea Constitucional. Descarta la existencia de un derecho adquirido, por cuanto este no puede alegarse sobre la Constitución, ni la ley, pues aquella puede ser reformada por el Constituyente primario, o ésta, puede ser derogada o modificada por el legislador por motivos de interés general. Cita al respecto la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 4 de diciembre de 1991, según la cual no puede hablarse de derechos adquiridos frente a la relación legal y reglamentaria que vincula al funcionario con la administración, toda vez que se trata de simples expectativas que dependen del mantenimiento del vínculo, respecto del cual no se adquiere el derecho.

Por su parte, el apoderado del actor en su alegato de fondo precisa que no pretende controvertir las disposiciones de la Constitución Política vigente, sino que reclama es una indemnización derivada del simple hecho del daño causado por el desconocimiento de unos derechos consagrados o adquiridos conforme a las leyes, "conforme a elemental principio de equidad consistente en que quien ocasiona un daño debe

repararlo restableciendo así la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas vulnerada con dicho proceder". Advirtió también que no pretendía ejercitar acción alguna de carácter laboral. Afirma que para indemnizar no se requiera el quebrantamiento del orden jurídico, sino que es suficiente que se ocasione un perjuicio, es decir, que no se hacía necesario que la Asamblea Constitucional hubiese obrado contra derecho, sino que el simple desconocimiento de un derecho particular que haya ocasionado perjuicio, constituye base suficiente para la prosperidad de la acción que se pretende.

Hizo igualmente referencia a la prueba recaudada para demostrar la titularidad de la acción, el hecho generador del daño o perjuicio, las distintas etapas recorridas para llegar a la promulgación de la Constitución de 1991, las disposiciones de esta última y su posterior desarrollo. Estimó que se daban en el *sub judice* las condiciones para determinar la responsabilidad del Estado e imponer las condenas indemnizatorias correspondientes, tanto por daños materiales, como por daños morales. Encontró también acreditado el nexo o vínculo causal entre la actuación estatal y los perjuicios. Hizo referencia al desarrollo histórico de la acción ejercitada, acudió a distintos conceptos teóricos sobre la responsabilidad, para concluir que en el *sub lite* "la antijuridicidad del daño se fundamenta no en que el Estado haya obrado contra derecho sino en que el sujeto que recibió el daño no tiene la obligación de soportarlo en su patrimonio; indiferente de que se haya obrado con toda licitud".

Expuso así mismo que el Consejo de Estado ha aceptado la responsabilidad estatal a pesar de que el Estado obre dentro del marco legal, basado en el principio de equidad y en el de la igualdad de las cargas públicas. Sostuvo que a los parlamentarios elegidos el 11 de marzo de 1990 se les pagaron derechos y prestaciones hasta el 30 de noviembre de 1991, sin interesar que estuviera cesante en el Congreso, despojado de sus funciones, desde el 4 de julio de dicho año. Esos reconocimientos se hicieron en razón de que habían sido elegidos en marzo de 1990, elección que, de otra parte, no fue anulada por ningún tribunal colombiano.

5. La sentencia apelada

Decidió el Tribunal en primer término lo concerniente a las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, así como a la de inexistencia del derecho. Respecto de la primera, consideró que por tratarse de una acción de reparación directa no se hacía necesario relacionar las normas violadas y expresar el concepto de la violación. En cuanto al no razonamiento de la cuantía, dijo el fallador *a quo* que lo expresado en la demanda era suficiente para establecer su competencia en primera instancia. Consecuente con lo anterior, se desestimó esta primera excepción. Similar determinación tomó el *a quo* con respecto a la segunda, es decir, la inexistencia del derecho y oposición a la condena de la Nación, la cual consideró no como una excepción, sino como el ejercicio genérico del derecho de defensa.

Los razonamientos de fondo de la sentencia impugnada, se consignaron en los siguientes apartes:

De todo lo anterior se desprende que no puede derivarse responsabilidad del Estado por aplicación de normas constitucionales en forma general, y menos aún cuando dichas normas están contenidas en una constitución originaria como la que rige el Estado colombiano a partir del mes de julio de 1991, por cuanto tratándose de la normatividad superior en que se fundamenta toda la estructura jurídica, su validez es indiscutible y, por tanto, de ella no puede predicarse violación de preceptiva alguna que dé sustento a la existencia de un daño antijurídico.

Así pues, si la vigencia de un nuevo orden constitucional causa un perjuicio a alguna o algunas de las personas, éste queda involucrado dentro de los sacrificios del cumplimiento de un orden superior que tiene su soporte en la soberanía misma del Estado, que debe estar encaminado hacia el bienestar de la comunidad toda, en algunos con detrimento de intereses puramente particulares.

B) Lo antes expuesto da lugar a concluir que en el caso de los congresistas que, como el actor, vieron limitado su período, en razón de la vigencia de normas contempladas en la nueva Constitución, no se configura responsabilidad estatal dentro de ninguno de los regímenes que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado al respecto, porque el poder constituyente no tiene valía alguna y crea normas superiores sin subordinación a otras. En este sentido son acordes los doctrinantes de la teoría del derecho administrativo (Rafael Bielsa, George Vedel, Enrique Sayagués Laso, Manuel María Díez), al sostener que el campo de responsabilidad del Estado puede llegar a extenderse hasta la producción misma de la ley, en ámbitos muy limitados, porque ésta puede ser inconstitucional, pero nunca de la Constitución misma, dado que ella "...es la fuente prístina del Derecho. Ha preparado la base de la pirámide jurídica", como dice Manuel María Díez.

En las circunstancias anteriores no es aplicable al caso el régimen de responsabilidad por daño especial en que se sustenta la demanda, ni otro alguno, y tampoco es válido sostener que se violaron derechos adquiridos, ya que ellos no pueden predicarse en manera alguna en relación con nuevo orden constitucional que como se ha repetido no tiene limitación alguna.

C) En cuanto a lo que se refiere a que la Asamblea Nacional Constituyente haya desbordado los límites y competencias que se le otorgaron por el Constituyente primario, como lo afirma la demanda, es un aspecto sobre el cual el Tribunal no puede pronunciarse porque ello conduciría a juzgar la legalidad misma del acto constitucional lo cual es improcedente por su naturaleza.

En consecuencia, las súplicas de la demanda serán denegadas.

Los Magistrados María Elena Giraldo Gómez y Benjamín Herrera Barbosa, hicieron aclaración de su voto. La primera, consideró que en la sentencia se hubiera podido hacer referencia y analizar lo relativo a si la situación de los congresistas despojados de sus investiduras implicaba o no un hecho político desconocedor de situaciones jurídicas, cuestionamiento que resuelve la señora Magistrada en forma negativa. Considera que no hubo violación de ningún derecho adquirido y que la revocatoria de ese mandato resultó de la delegación que hizo el constituyente primario que, en últimas, condujo hacia la pérdida de ejecutoria del acto administrativo electoral, el cual había decaído y perdido vigencia. Estimó que "el poder del Estado para cambiar hacia el futuro la Constitución que lo rige, no tiene barreras".

El segundo de los Magistrados, observa cómo la sentencia "planteó sin distinciones que una norma constitucional sobreviniente puede desconocer cualquier derecho amparado por una Constitución anterior, inscribiéndose así una prelación enteramente positiva del derecho y amparándose particularmente en el teórico Hans Kelsen", cuyas teorías no deben admitirse abiertamente, y anota que "una constitución política de un país puede desconocer algunos derechos adquiridos por los ciudadanos antes de su vigencia, porque se trata ante todo y más que un documento jurídico, de un hecho político, pero ese desconocimiento no puede ir más allá de los límites del derecho supranacional y esencialmente jamás podrá invadir las fronteras impuestas por los derechos fundamentales, base del pacto social".

6. Razones de la apelación

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, de la cual censura su posición radical. Señala cómo la Constitución de 1991, en estricto sentido, no es una constitución originaria como lo estima el *a quo*, sino que la Asamblea era de poder constituido o por delegación del Constituyente primario, de tal forma que el poder "ilimitado y absoluto" de que habla el fallador de primera instancia no puede tener arraigo en la actual concepción del derecho constitucional. Descarta la posibilidad de que la Constitución se encontrara revestida del poder para desconocer derechos adquiridos conforme al anterior orden constitucional sin que ello implicara la obligación de reparar.

Argumenta, basado en la condición de servidor público del congresista, que la Asamblea Constitucional le desconoció el derecho fundamental, ya consolidado, al trabajo y a las derivaciones salariales y prestacionales que del mismo emanaban. De otra parte, señala que en los artículos transitorios 1 y 3 de la nueva Carta, se convocó a elecciones y se precisó la fecha hasta cuándo los congresistas permanecerían en el cargo, pero sin prohibir, ni hacer alusión a las reparaciones. Se refiere al pronunciamiento de la Corte Constitucional, contenido en la Sentencia C - 479, del 13 de agosto de 1992, al examinar la demanda de inexecutable del Decreto 1660 de 1991, que señaló las indemnizaciones para quienes su empleo resultara eliminado en la reforma administrativa correspondiente, y cómo sobre el particular sostuvo aquella Corporación la necesidad de indemnizar "para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado".

Plantea a su favor la teoría del daño especial cuyo respaldo lo encuentra en el principio de equidad, según el cual si se ocasiona un daño por un actuar estatal, haya sido legítimo o no, debe repararse. La situación, afirma, debe mirarse no desde la óptica de quien causó el agravio, sino de la víctima del mismo, quien injustamente registra ese evento dañoso y al efecto transcribe en lo pertinente algunos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Sala en los cuales se examinó la tesis sobre el daño especial. Sostiene, además, que los derechos fundamentales no son sacrificables y que no se puede exigir a la persona que renuncie a ellos. Trae en respaldo de su argumento, conceptos de los profesores Leguina y García de Enterría, consignados en providencias de esta Sala, donde se hace referencia al daño antijurídico entendido como aquel que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo. Por último, recalca que precisamente por tratarse de una acción de reparación directa y no una laboral, no se controvierte la legalidad, licitud o ilicitud del acto que causó el perjuicio, sino el perjuicio mismo y la no obligatoriedad legal de soportarlo en silencio.

7. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, presentó el escrito visible a folios 539 a 565, en donde cuidadosamente examina la situación objeto de controversia, para concluir que si bien debe confirmarse la parte resolutoria de la sentencia, igualmente hay lugar a revocar la considerativa. Para arribar a esa conclusión hace referencia el señor Delegado a la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado en las relaciones internacionales, para lo cual recuerda la evolución histórica de la responsabilidad del Estado legislador, concretando el punto a si se debe indemnización por los daños originados en la aplicación de leyes constitucionales. Al respecto menciona cómo inicialmente el ejercicio del poder legislativo en Francia y Alemania no permitía atribuir responsabilidad al Estado, concepto que paulatinamente ha evolucionado jurisprudencialmente, de manera especial en el Consejo de Estado francés. Se habló entonces del principio de igualdad ante las cargas públicas y se atemperó el criterio de soberanía de la ley. Similar criterio siguió la jurisprudencia española, la alemana y la italiana, cada una, desde luego, bajo su propia perspectiva teórica y doctrinaria. Advierte el señor Procurador Delegado, que la referencia histórica la trae para encaminar y analizar su aplicación respecto de la eventual responsabilidad del Estado Constituyente. Cuestiona la sinonimia que surge de la sentencia apelada, según la cual la soberanía equivale a la impunidad en el derecho de daños, contrariando así el avance de la teoría de la responsabilidad, centrada hoy más en la víctima que en el causante del daño.

De otro lado, se refiere el Ministerio Público a la responsabilidad de los Estados, para concluir que la noción de soberanía no es excluyente de dicha responsabilidad, que ésta prima sobre la noción de poderes omnímodos, de forma tal que "el ejercicio de la soberanía, ya sea en el ámbito del derecho internacional, ya lo sea en el de la legislación interna no excluye sino que supone, la indemnización de perjuicios que el ejercicio de la soberanía conlleva".

Al referirse a la responsabilidad del Estado por actos del Constituyente, el señor Delegado hace una referencia conceptual sobre el poder constituyente, y al examinar, ya en concreto, dicho proceso en Colombia, sostiene que se dio una reforma constitucional realizada por un órgano derivado e institucionalizado, que derivaba su origen del constitucionalismo precedente, como de los poderes del mandato popular. Considera que hay una tendencia a abandonar el solo elemento de la fuerza o de la causa del poder constituyente como único criterio para determinar la ausencia de control de los actos del mismo.

Por otra parte, aduce que la Asamblea Constitucional tenía límites derivados de las normas jurídicas preexistentes. No era omnímoda, tenía un término de cinco meses y debía reformar democráticamente las instituciones, es decir, que se daban plazo y objetivos específicos y

determinados, de lo cual no podía salirse el Constituyente. Al preguntarse si cabe responsabilidad por los actos de éste, responde que no se puede predicar, como lo hace el *a quo*, la irresponsabilidad en principio del poder constituyente. Considera que una descalificatoria simplista y facilista de la responsabilidad basada en la hoy desechada teoría del príncipe debe ser superada.

Por último, estimó que la situación del demandante no constituía un derecho adquirido, dado que el pueblo podía modificar la composición del poder político y que el problema no es de resolver con fundamento en la teoría del daño especial, sino que debe observarse que el daño causado es de aquellos que la víctima tiene el deber jurídico de soportar, por la particular relación que lo unía con el derecho que se tenía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que en el evento examinado encuentra la Sala suficientemente acreditados los siguientes aspectos fundamentales:

- Que el señor Feisal Mustafá Barbosa se inscribió como candidato al Senado de la República por la circunscripción electoral de Santander para las elecciones del 11 de marzo de 1990, en las cuales obtuvo una votación de 50.601 sufragios (fls. 35 - 37, 76 y 78).

- Que los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon al demandante como "Senador Principal por la CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL DE SANTANDER, para el período de 1990 a 1994". (Fl. 40).

- Que "tomó juramento legal de rigor el 20 de julio de 1990" y su asistencia a las sesiones del Congreso fue así:

"Entró el 20 de julio de 1990 Salió el 24 de julio de 1990

Entró el 31 de julio de 1990 Salió el 30 de noviembre de 1991. (Fl. 40)".

- Que según el Pagador del Senado de la República, la asignación mensual de un Senador, vigente a 30 de noviembre de 1991, correspondía a \$257.280.40 por concepto de dietas y \$457.387.40 por gastos de representación, para un total mensual de \$714.667.80. (fl. 62).

- Que como consecuencia de un acuerdo de naturaleza política celebrado entre el Presidente de la República, los Presidentes de la Asamblea Nacional Constitucional y el Director del Partido Liberal, se "recomendó" a la Asamblea Constitucional la aprobación, como disposiciones transitorias de la Constitución, entre otras, la de convocar a elecciones generales para Congreso y mantenerlo en receso junto con sus Comisiones, hasta la instalación del nuevo Congreso (fls. 109 - 111), lo que, en efecto, quedó consagrado en los artículos 1º y 3º Transitorios de la Constitución Política, se dio cumplimiento a la recomendación anteriormente referida.

- Que el 1º de diciembre de 1991, se instaló y juramentó el nuevo Senado de la República, en el cual no figuró el demandante (fls. 138 - 142).

Con los anteriores presupuestos procede la Sala Plena a definir si como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1º de diciembre de 1991, impidiéndole así completar el período electoral para el que había sido inicialmente elegido, se puede llegar a configurar una responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, como consecuencia de los presuntos perjuicios morales y materiales alegados, cuando se le desconoció y suspendió dicho período. Dicho en otros términos, se plantea a la Sala el cuestionamiento de si puede predicarse la responsabilidad del Estado, cuando el supuesto hecho dañino lo causa un acto de la Asamblea Nacional Constituyente.

En razón de la novedad del tema, se hace necesario esbozar unas precisiones sobre tres aspectos cuya claridad previa es fundamental para la decisión que se ha de tomar en el caso en estudio. Ellos son: 1) La naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990 - 1991 y sus alcances; 2) Representación política, sus límites y 3) El control de los actos del poder constituyente.

1. La Constituyente de 1991

Desde las primeras formulaciones sobre lo que debía entenderse como Poder constituyente, se definió como el poder originario, intemporal e ilimitado, que recae directamente en la agrupación política llamada pueblo y cuya actuación sólo está limitada por las normas de derecho internacional público hoy previstas en el artículo 53 de la Convención de Viena, su propia autolimitación y las circunstancias sociológicas que sobre su poder se impongan.

Por el contrario, la función constituyente, es la que ejerce el órgano comisionado por el constituyente primario para reformar o crear una constitución, está limitada jurídicamente en su ejercicio y sometida a controles por parte del juez constitucional. El poder constituyente es, pues, un hecho político que da origen a una nueva constitución, en tanto que la función constituyente es una atribución para reformar la constitución existente, y está sujeta entonces a las reglas previstas.

Cuando se trata de crear o modificar una constitución con poderes no derivados de la anterior, nos encontramos con el poder constituyente originario; pero cuando su conformación y función están previstas en una constitución anterior, surge el poder constituyente institucionalizado, o el cambio institucionalizado.

El poder constituyente, como prejurídico que es, no está condicionado a una normatividad anterior, ya que su ejercicio deviene precisamente de esa matriz creadora de un nuevo ordenamiento jurídico. Y es político porque surge como una manifestación de la voluntad de la colectividad, que ante la ocurrencia de unos determinados hechos de carácter social que imponen la necesidad de un cambio institucional, motivan la existencia de este poder para que traduzca la orientación política de ese momento. Para la teoría constitucional clásica, los alcances y límites del poder constituyente dependen en cada caso de su naturaleza, ya que si se tratare del constituyente primario, no podría hablarse de límites, en

tanto que para el constituyente derivado o secundario, sus límites solamente están fijados por el primario u original.

El proceso constituyente que dio origen a la Constitución Política de 1991 en nuestro país, obedeció a unas profundas crisis de orden político y constitucional, por todos conocidas, entre otras:

a) El infructuoso itinerario de reformas e intentos de reforma que finalmente fracasaban, llegando así a producirse un sensible malestar nacional y el aumento de un sentimiento de profunda reforma constitucional, que interpretara de manera más auténtica la realidad colombiana, y surgieran unos más flexibles mecanismos de adaptación a las exigencias de la modernidad.

Piénsese en la frustrada pequeña constituyente y en la inexequibilidad de la reforma de 1979.

b) Otra de las causas que originaron el proceso constituyente de 1990 - 1991 fue la crisis política, que tuvo varios motivos: la limitación impuesta por el frente nacional, que si bien buscó la convivencia civilizada entre los partidos liberal y conservador, limitaba el libre funcionamiento del régimen democrático. Por eso se ansiaba el tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa.

c) El Congreso como institución había entrado en crisis; ineficaz para unos, para otros no daba la debida representación a todas las fuerzas políticas del país, lo que originó que parte del pueblo no se sintiera total y debidamente representado en él.

Por eso nació el movimiento de la "Séptima Papeleta" que vio cristalizado su propósito con la expedición del Decreto Legislativo N° 1926 de 1990, que convocó a la Nación, previo acuerdo con los partidos y movimientos políticos, a elecciones para una Asamblea Constitucional, señalando además los requisitos para los aspirantes y el temario a tratar por la Asamblea. Ejercido el correspondiente control de constitucionalidad, el anterior decreto recibió el aval de la Corte Suprema de Justicia y se dio así inicio al proceso constituyente.

Como en la Asamblea Nacional Constituyente, por mandato del Decreto 1926 de 1990, tenían representación no sólo los partidos políticos sino también otros actores sociales, se declaró el receso del Congreso elegido en 1990 y la convocatoria de nuevas elecciones, en acuerdo avalado por el Presidente de la República de la época.

Y este proceso persiguió adaptar a los innumerables cambios sociales, políticos, culturales y económicos del país, la Constitución de 1886.

Luego cuando la Sección Primera del Consejo de Estado suspendió el reglamento interno de la Asamblea expedido por ella misma, ésta, se declaró soberana y omnipotente y si había sido convocada para reformar algunos aspectos de la Constitución, antes bien la derogó y expidió una nueva, le dio poderes legislativos transitorios al Presidente de la República; creó de manera provisional una Corte Constitucional; declaró en receso al Congreso y convocó a nuevas elecciones, todo como expresión de los cambios anhelados por el ciudadano común.

El país contó, pues, con una nueva normatividad, con un nuevo orden jurídico.

De otro lado, los actos producidos por el Poder constituyente, por mandato expreso de la Asamblea en el artículo 59 transitorio, no quedaban sujetos a control jurisdiccional alguno.

La deducción de responsabilidad patrimonial del Estado, por principio, se deriva del ejercicio de un control de carácter jurisdiccional. En otras palabras, es un resultado de la actividad y decisión jurisdiccional.

El control, en este caso, es paso indispensable para deducir la responsabilidad, y sólo es posible en la medida en que existan un órgano competente para hacerlo y un marco jurídico anterior, que permita el cotejo de la actuación cuestionada. En este caso no existe ni lo uno ni lo otro.

No se puede deducir responsabilidad al Poder constituyente; ésta se predica del Estado como centro de relaciones jurídicas; así lo había elaborado la jurisprudencia nacional y hoy lo prevé el artículo 90 de la Constitución Nacional.

2. La representación política

Conjuntamente con la doctrina del poder constituyente, surgió la institución de la representación, porque ante la imposibilidad de que cada hombre tuviera en sí el poder legislativo, se hizo necesario que el pueblo eligiera a un determinado grupo de representantes, para que este realizara lo que no podría hacerse individualmente. Y desde ese entonces se determinó también, que en la soberanía del pueblo residía el derecho de revocar a sus representantes y sustituirlos cuando se desviarán del fin para el que habían sido elegidos.

Entre nosotros, desde los orígenes de la República, el representante es elegido por un conglomerado para ser miembro de un determinado cuerpo colegiado, pero no es solamente representante de sus propios electores, sino de todo el pueblo, lo cual le impone unas determinadas limitaciones a la figura de la representación.

Sobre este aspecto se disponía lo siguiente en nuestra Constitución de 1886:

Artículo 2º.: La Soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.

Artículo 105. Los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común.

Artículo 179: El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone condiciones al candidato ni confiere mandato al funcionario electo.

Estos lineamientos se mantuvieron en la actual Constitución, en los artículos 3º, 133 y 258, en los que se consagra que el electorado no impone obligaciones al elegido, llámese senador, representante, diputado o concejal, los que en sentido contrario, tampoco adquieren ningún derecho subjetivo sobre la dignidad que reviste la representación. Se trata entonces de un mandato político constituido mediante el voto, para llevar a cabo una gestión o actuación política, que debe consultar los postulados de la justicia, el bien común, la equidad y la buena fe.

No se trata de desconocer que del ejercicio mismo de la representación surjan derechos salariales y prestacionales a favor de quien ejerce el cargo, pero sin llegar a predicar la existencia de un derecho subjetivo sobre la dignidad misma, y menos sobre su permanencia en ella.

Al trasladar las anteriores precisiones al caso concreto de los Congresistas electos en 1990, se hace necesario concluir que la situación jurídica que para ellos surgió al momento del escrutinio de los votos y que se formalizó con la expedición de la respectiva credencial de Congresista, tenía el efecto futuro de la posibilidad de ejercer el cargo y de recibir el sueldo correspondiente, pero en la medida que se fuera cumpliendo con la representación.

De otro lado, resulta inaceptable que se hubiese ocasionado en la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Dicho postulado es relativo y se aplica sólo a aquellas personas que están en las mismas condiciones jurídicas y fácticas. No puede predicarse ese principio frente a todas las personas que conforman el cuerpo social, porque no todas fueron elegidas en 1990 ni todas ostentaban la investidura de congresistas.

El rompimiento del principio de la igualdad se patentiza cuando se da trato diferente a personas que se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias de hecho previstas en el ordenamiento; y, en tales eventos, la persona que resulta afectada con ese trato discriminatorio tendrá derecho al resarcimiento de sus derechos, ordinariamente por medio de una indemnización.

Por supuesto que estas últimas disquisiciones son sólo en gracia de discusión, como quiera que ellas en puridad de verdad jurídica no son procedentes por razones de incompetencia de esta o de cualquier otra jurisdicción.

Está claro que el Congresista es un representante de la comunidad, que debe velar por los intereses de todo el pueblo, lo que da a su cargo una naturaleza eminentemente política, por lo que las contraprestaciones que adquieren es la posibilidad que le otorgan los electores de que los represente. Pero se dirá, con "mayor precisión" que son los partidos los que ejercen propiamente esa representación a través de sus congresistas que con su aval hayan resultado elegidos en los comicios electorales. Partidos que por consenso aceptaron terminar con la representación que a su nombre ejercían los congresistas elegidos en 1990.

El vacío que sobre el punto anteriormente analizado tenía la Constitución de 1886, fue superado en el ordenamiento de 1991, con la figura de la pérdida de investidura para Senadores, Representantes y Concejales y con la revocatoria del mandato para los agentes administrativos de elección popular, como los Gobernadores y los Alcaldes.

3. El control de los actos del poder constituyente

Al abordar este aspecto, se hace necesario regresar al concepto del poder constituyente, como fenómeno político que da origen a una constitución, para definir si los actos así producidos, están sujetos a algún tipo de control jurisdiccional. Sobre el tema, el profesor Pedro de Vega, sostiene:

En razón de lo que acabamos de exponer queda, pues, claro que, para no subvertir la lógica de la organización constitucional democrática, el poder constituyente no puede encerrarse de ningún modo dentro del ordenamiento constitucional. Todos los intentos de organización jurídica del poder constituyente, para lo único que sirven, en el mejor de los casos, es para privar subrepticamente al pueblo de sus facultades soberanas, en favor de otras instancias u órganos estatales. Por idénticos motivos, ningún poder constituido puede salir de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias. Lo que significa que, tan improcedente resulta la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente.

Con la Asamblea Nacional Constituyente 1990 - 1991, se dio paso en nuestro país al ejercicio del poder constituyente primario, que como poder soberano que es, es previo e independiente del ordenamiento jurídico anterior. Por ello, en el artículo 59 transitorio se consignó: "La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno".

Fue así como en sentencia del 1º de octubre de 1992, la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, se declaró incompetente para conocer de las demandas contra la nueva Constitución afirmando:

El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente...

Ya se encuentra dilucidado que una Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tenga ningún

tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de un poder mediante actos de carácter eminentemente políticos. Es por ello que, un poder constituido, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tienen competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente. En este caso concreto, ni los Tribunales Administrativos ni el Consejo de Estado, como poderes constituidos y derivados del ordenamiento constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella.

Así las cosas, dilucidado como está, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cualquier otra jurisdicción, no tienen dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el *sub judice*. Por tal razón, la Sala se ve relevada en el estudio de si se probaron o no los elementos estructurales de la responsabilidad estatal y en general, de cualquier otro tipo de consideración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revocase la sentencia de 25 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso N° 9549, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar se dispone:

Inhíbese de hacer pronunciamiento de fondo.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

La Anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Daniel Suárez Hernández*, (salvo voto). *Jorge Penen Deltieure*, Conjuez (Ausente); *Ernesto Rafael Ariza*; *Joaquín Barreto Ruiz*; *Carlos Betancur J.*; *Jesús María Carrillo B.*; *Julio Enrique Correa*; *Guillermo Chahín Lizcano*, Ausente; *Alfredo Lewin Figueroa*, Conjuez (Ausente); *Delio Gómez Leyva*; *Manuel S. Urueta Ayola*; *Amado Gutiérrez V.* Salvo voto. *Luis Eduardo Jaramillo*; *Alvaro Lecompte Luna*; *Mirén de la Lombana de Magyaroff*; *Juan de Dios Montes*; *Carlos Orjuela Góngora*, con salvamento de voto. *Dolly Pedraza de Arenas*, Ausente. *Libardo Rodríguez R.*; *Rodrigo Ramírez González*; *Consuelo Sarria Olcos*.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia de 1º de octubre de 1992, Consejero ponente doctor Alejandro Martínez, en la que la Corte Constitucional se declaró incompetente para conocer de las demandas contra la nueva Constitución. Sobre interrupción de período constitucional de congresistas fueron fallados en la sección tercera los siguientes procesos: 10095 enero 19 / 96 doctor Daniel Suárez H.; 10183 enero 19 / 96 doctor Daniel Suárez H.; 10244 enero 19 / 96 doctor Daniel Suárez H.; 10243 enero 26 / 96 doctor Juan de Dios Montes; 10363 enero 26 / 96 doctor Juan de Dios Montes; 10601 febrero 1º / 96 doctor Juan de Dios Montes; 10686 febrero 1º / 96 doctor Juan de Dios Montes; 10234 febrero 1º / 96 doctor Carlos Betancur J.; 10699 febrero 8 / 96 doctor Carrillo; 10256 enero 19 / 96 doctor Daniel Suárez H.; 10765 enero 19 / 96 doctor Daniel Suárez H.

SALVAMENTO DE VOTO

PODER CONSTITUYENTE - Origen

El problema del poder constituyente no fue planteado en la antigüedad, y que ni Polibio, ni Cicerón, ni Plutarco se ocuparon de él y que durante la edad media sólo Dios es atribuido de la POTESTAS CONSTITUENS, su vocación metafísica o su concepción jurídica de origen revolucionario, se encuentra en cada caso en espacios históricos bien definidos y, por ello, se debe prestar atención a sus orígenes precisos y a sus fines concretos para efectos de determinar las discusiones judiciales de argumentaciones esencialmente psicológicas y naturalistas.

PODER CONSTITUYENTE - Concepto de Kelsen

El concepto de Kelsen, el poder constituyente, es el órgano establecido en la norma de derecho internacional consuetudinario o general llamada principio de efectividad, que se erige en la necesidad de poner límites jurídicos a procesos de reforma de algunos preceptos jurídicos dentro de cada ordenamiento; pero, por supuesto, y como lo advierte Carpizo, dentro del pensamiento de Kelsen, sí se parte del primado del derecho interno, y de la primacía del orden jurídico nacional, el poder constituyente aparece reconocido en la norma hipotética fundamental y es regulado y limitado por ésta como quiera que es, precisamente función de aquella de fundamentarlo jurídicamente.

TEORIA DEL PODER CONSTITUYENTE / CONSTITUCIONES POLITICAS / REGIMENES DEMOCRATICOS CONTEMPORANEOS / DERECHOS DE LAS PERSONAS - Restricciones / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Indemnización de Perjuicios

Las constituciones producidas dentro de los regímenes democráticos contemporáneos, así encuentren fundamento doctrinario en las teorías del poder constituyente, no pueden desconocer los derechos de las personas, salvo que lo dispongan expresamente y siempre que se encuentren fundadas de modo inequívoco en principios de justicia o equidad y lo hagan dentro de los límites del derecho internacional, mucho más cuando dichos derechos constituyen garantía de existencia y continuidad del sistema político y del orden social. En estos casos el Estado debe responder patrimonialmente por los daños producidos con dichos actos e indemnizar plenamente a los titulares de dichos derechos y bienes jurídicamente reconocidos al amparo de la normatividad anterior, lo contrario es el autoritarismo, la tiranía y el despotismo que encuentra la necesidad de someter el poder al derecho y de ordenar las relaciones jurídicas de los asociados. Nada más coherente con estas reflexiones que la afirmación de la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus órganos y de sus instituciones jurídicamente reguladas en funciones de reforma constitucional, si se tiene en cuenta la flexibilidad para los varios tipos de procesos de reforma previstos por la nueva normatividad y la necesaria seguridad jurídica de que debe rodearse a los asociados.

PODER CONSTITUYENTE - Teoría Contemporánea / ESTADO DE DERECHO - Reforma constitucional

Para la teoría contemporánea del poder constituyente no existen poderes ilimitados e irresponsables y se admite que aun el constituyente debe respetar los derechos de las personas y salvo por excepción puede darse algún tipo de restricción sin reparación. Dentro de un estado de derecho el poder supremo de dictar una constitución o de reformarla, en principio, no está limitado en sentido material por ningún otro poder en el orden interno ni en el orden externo, pero no es ni puede ser arbitrario y desandar sobre la vida y sobre los bienes de las personas, aquella capacidad normativa superior es el poder conjunto de todos los miembros de una sociedad organizada que se otorga a una persona o a un grupo de personas y por ello no, pueden dañar a ninguno. Por tanto, en un estado democrático, debe hallarse cuando menos un fundamento expreso de justicia o de equidad para que una disposición jurídica cualquiera que sea, inclusive la constitucional, para afectar la vida o los bienes de los asociados.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daño especial / ACTO ADMINISTRATIVO LABORAL - Inexistencia / NORMA CONSTITUCIONAL - Inexistencia / ACTO CONSTITUYENTE - Inexistencia

La disposición que sirve de base del reclamo de reparación directa por el daño especial no es un acto de naturaleza estrictamente administrativa, como corresponde a un acto administrativo laboral en sentido formal, emanado de una entidad u organismo habilitado para manifestar la voluntad de la administración enderezada a definir sobre una situación jurídica de dicha naturaleza, o que ponga fin a una relación laboral de naturaleza pública relacionada con el servicio del Estado, ni es una providencia judicial debidamente controlada dentro de los estrados de lo contencioso administrativo. Con meridiana claridad, en este asunto tampoco se trata de un acto normativo equiparable a la Constitución en sí misma considerada, tampoco es un acto constituyente, ya que no es el fundamento del nuevo orden jurídico positivo ni es una disposición que sirva de punto de imputación de la validez del resto del ordenamiento jurídico. La disposición que se controvierte en sus consecuencias patrimoniales en el presente negocio es una decisión político - administrativa, que aun cuando es producto de las funciones de un órgano constituyente que ejerció el poder constituyente, no cuenta con los atributos normativos de una constitución, ni de un acto constitucional en el sentido material del término, ni se propone el desconocimiento de derecho subjetivo, laboral ni patrimonial alguno y por ello debe decretarse la reparación reclamada. Como se ha visto, aquella es una decisión política que emana de un organismo estatal, jurídicamente reunido dentro del marco de un ordenamiento constitucional regularmente establecido y en plenas funciones dentro de una legalidad vigente, pero en verdad, se trata de una disposición jurídica autoaplicativa de carácter concreto y específico que se agota en sí misma por sus alcances subjetivos, inmediatos y particulares.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL - Requisitos

Para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura a saber: Que se desarrolle una actividad legítima de la administración; la actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sobre alguno o algunos de los administrados. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

CONGRESISTA - Interrupción del Período constitucional / PERJUICIOS MORALES POR REVOCATORIA DE MANDATO - Inexistencia

Los perjuicios de orden moral, considera la Sala que no hay lugar a su reconocimiento, por cuanto, de una parte, no se acreditó suficientemente en el proceso esa afectación sentimental generadora de la comprensión pretendida y, de otra, los hechos que originaron este proceso, por sí solos, no necesariamente daban lugar a esta clase de perjuicio. La situación vivida por el actor y por los demás congresistas afectados en sus curules, no resulta suficiente para provocar los sentimientos inherentes al perjuicio moral. No bastan las simples manifestaciones de los amigos del demandante para tener por cierto ese perjuicio, cuando en autos no se evidencia el daño moral oportunamente alegado, pero no acreditado, por el propio congresista materialmente damnificado.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD POR HECHO DE LA LEY / RESPONSABILIDAD POR EL PODER CONSTITUYENTE / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR (Salvamento de voto)

El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado ha venido desde sus comienzos, en un lento pero progresivo avance en la búsqueda de mecanismos y sistemas de protección de los derechos de los administrados frente a la actuación en ocasiones perjudicial y dañosa de la administración. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha procurado ampliar el cumplimiento reparatorio por los daños antijurídicos que el

ejercicio del poder estatal causa a los individuos de un determinado conglomerado social. Ese progresivo cubrimiento indemnizatorio, sin embargo, fue de difícil y lenta aceptación en un punto de la responsabilidad derivada de la actividad legislativa, la cual fue completamente negada en el siglo XIX, posición que ha ido morigerándose merced a la muy importante y decisiva participación de la jurisprudencia francesa. La irresponsabilidad por razón de la ley se fundamentaba en la soberanía de ésta, contra la cual ninguna objeción podía formularse. Recuerda la Sala las referencias históricas que el Ministerio Público consigna en su concepto, sobre el desarrollo de la materia comentada en Francia, como fueron entre otras, las decisiones tomadas por el Consejo de Estado, el 14 de enero de 1938, al decidir el caso de la Société Anonyme de Produits Laitiers la Fleurette, donde por primera vez, se reconoció abiertamente la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador. El proceso se originó en la Ley 29 de junio de 1934, dictada para proteger la producción de la leche, y se condenó al Estado a pagar indemnización, con fundamento en los perjuicios ocasionados a la sociedad mencionada, a la que había colocado en la imposibilidad de continuar fabricando un producto llamado Gradina. Distinguió entonces el Consejo de Estado de Francia entre si el legislador había excluido expresamente la posibilidad de indemnización por los perjuicios que llegare a causar o si expresa o aun tácitamente la admitía. En Colombia en cambio, hasta la fecha ha sido vacilante nuestra legislación y la propia jurisprudencia contencioso - administrativa, en la misma forma que vacilaron el legislador y la jurisdicción administrativa en Francia y otros países cuyas decisiones hemos seguido para reconocer la responsabilidad del Estado Legislador. Desde luego, también por sustracción de materia, no existe antecedente jurisprudencial alguno en torno de la responsabilidad patrimonial de la administración frente a actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente. Tal pareciera que la distribución de funciones de que hablaba Montesquieu, por la posibilidad de interferir con la otra rama del poder, sirviera de freno o impedimento para que los juzgadores conocieran, examinaran y decidieran sobre la responsabilidad del denominado poder legislativo, o del llamado poder constituyente. Por supuesto que si tal concepción se ha tenido en cuenta concierne con la responsabilidad del Estado - legislador, muy difícil resulta, si no imposible, encontrar algún pronunciamiento jurisprudencial, interno o foráneo, donde se haya estudiado y definido la responsabilidad del Estado, no ya por actos del legislador, sino por actuaciones o determinaciones del denominado poder constituyente.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - Legitimidad / CONGRESO - Supresión / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Relación de causalidad / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS - Rompimiento / RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL - Congresista

Fue legítima la actividad del constituyente y con ella se lesionaron derechos del demandante, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño grave y especial a un grupo restringido de personas ¿los congresistas¿, presentándose, además, un nexo de causalidad entre la actividad lícita estatal y el daño inferido, sin que haya lugar a encasillar el *sub judice* dentro de otro régimen diferente dentro de la responsabilidad. Los anteriores requisitos los encuentra la Sala suficientes y declara en este caso la responsabilidad patrimonial del ente demandado.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE / REFORMA DE LA CONSTITUCION - Modos

La Asamblea Nacional Constitucional de 1991, no se encuentra manifestación alguna con consecuencias jurídicas de un poder revolucionario o de una revolución triunfante y victoriosa, mucho menos las de un golpe de Estado, ni la de un golpe constitucional o palaciego, ni podría ser ésta la sede para su definición conceptual e histórica, en este caso no se sustituyó el sistema político, ni se limitó garantía o libertad constitucional alguna, ni se desconocieron las bases fundamentales del régimen económico y apenas se procuró la reforma de algunas instituciones políticas básicas de régimen electoral y de los partidos, apenas se dio una de las modalidades del cambio constitucional en el sentido contemporáneo de la expedición regular y ordenada de un nuevo texto actualizado con bastantes novedades técnicas y orgánicas dentro del régimen constitucional colombiano y así será en adelante, posiblemente con mayor frecuencia que antes, por virtud de la incorporación de nuevas técnicas y procedimientos de reforma previstas en la nueva Carta como referendo, la Asamblea Constituyente, el acto legislativo del Congreso de la República y el plebiscito que, a las claras, muestran que la de 1991 de Colombia es una de las constituciones menos rígidas de América.

Salvamento de voto

Al haber sido derrotada la ponencia presentada por el suscrito y por no compartir el texto aprobado por la mayoría de la Sala Plena, anuncié que salvaría mi voto y a ello procedo, consignando en un primer capítulo aspectos generales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por hechos políticos y administrativos de órganos del Estado en funciones constituyentes; en un segundo capítulo haré referencias precisas al caso litigado, en concreto, para concluir que la sentencia que correspondía haberse dictado por el Consejo de Estado era la inicialmente proyectada por mí en donde se sugería REVOCAR la decisión apelada del 25 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera y en su lugar declarar a la Nación colombiana, patrimonialmente responsable por el desconocimiento y suspensión del período constitucional para el cual había sido elegido el 11 de marzo de 1990 como Senador de la República, el señor *Feisal Mustafá Barbosa*, condena que procedería en concreto conforme a las liquidaciones que adelante se consignarán.

CAPITULO I

La responsabilidad patrimonial por hechos políticos y administrativos de órganos del Estado en funciones constituyentes

1. La crisis histórica y política de la doctrina revolucionaria del Poder Constituyente.

a) La doctrina del Poder Constituyente (Puvuar Constitian) que se pretende hacer valer en su plenitud a estas alturas de la evolución de la disciplina jurídica en nuestro medio, y, precisamente, en la máxima sede de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, como quiera que se ha esgrimido con el fin de resolver una controversia de naturaleza subjetiva, originada en la actuación de un órgano *ad hoc* en

funciones de revisión constitucional, en verdad, tiene su origen remoto en la experiencia de la revolución francesa cuando los delegados del tercer estado en la reunión de los estados generales se propusieron la tarea de darle una constitución revolucionaria a Francia, pero, ahora, y desde hace varias décadas, aparece bastante debilitada, no sólo por virtud del desarrollo conocido en nuestro medio de las teorías democráticas y sociales del poder, sino por los desarrollos del derecho constitucional y del derecho público, basados en las experiencias socialistas, socialdemócratas y reformistas, y recientemente en los procesos pluralistas y participativos, como es el caso de la reunión de la Asamblea Nacional Constitucional de 1991 en Colombia.

Es más, en esta segunda parte del siglo XX, salvo el caso del texto de la carta constitucional americana, que subsiste caso en su integridad, pero mucha más extensa y democrática de lo que pensaron, dijeron o callaron los padres fundadores gracias al desarrollo de la disciplina y de las instituciones del control y de la justicia constitucional sin que se haya producido revolución política alguna, ni manifestación concreta ni verificable de un Poder Constituyente originario, no es intelectualmente admisible que en sede académica y mucho menos en sede judicial y en un estado social y democrático de derecho, se sostenga que todo cambio constitucional presupone la expresión de los poderes políticos de un Poder Constituyente revolucionario, de una revolución o la ruptura del orden jurídico anterior y la capacidad fáctica atribuida a los vencedores de desconocer los derechos de las personas y el derecho internacional; pero es más, en el constitucionalismo moderno es claro que el poder tiene límites y que en todo caso debe existir una institución judicial a la cual todo individuo pueda recurrir para reclamar al poder contra las violaciones a esos límites.

Tampoco es válido reclamar como fundamento de cualquier cambio o reforma constitucional, ni la mediación un golpe de estado o una revolución, ni que se conciba o patrocine la teoría de la absoluta irresponsabilidad patrimonial de un órgano del Estado en funciones constituyentes, menos en el caso de una entidad *ad hoc* reunida dentro de un marco normativo determinado por actos no constitucionales en sentido estricto; por lo contrario, ante uno u otro fenómeno revolucionario o de descomposición fáctica del régimen constitucional o de golpe militar, en todo caso situaciones reprochables política y jurídicamente, históricamente se ha reclamado, y casi siempre reconocido, el respeto al derecho internacional y a los tratados suscritos por los gobiernos anteriores, a los límites territoriales del Estado y a los derechos humanos y naturales de las personas, en especial de los extranjeros;

b) El Poder Constituyente en dicha teoría, formulada a propósito de aquel remoto proceso histórico en las postrimerías del siglo XVII, es teórica y metafóricamente, el poder político absoluto o soberano, sin límites jurídicos y concentrado, es decir no compartido con ninguno, equiparable a una actuación de fuerza prejurídica, igual al mando y superior a cualquier poder jurídicamente organizado y a cualquier forma de autoridad.

A este respecto cabe destacar con fines de precisión histórica, que el problema del Poder Constituyente no fue planteado en la antigüedad, y que ni Polibio, ni Cicerón ni Plutarco se ocuparon de él y que durante la edad media sólo Dios es atribuido de la *Potestas Constituens*, su vocación metafísica o su concepción jurídica de origen revolucionario, se encuentran en cada caso en espacios históricos bien definidos y, por ello, se debe prestar atención a sus orígenes precisos y a sus fines concretos para efectos de descontaminar las discusiones judiciales de argumentaciones esencialmente sociológicas y naturalistas:

c) En efecto, no obstante que, como lo advierte Kelsen, el problema de la definición de los fundamentos del Poder Constituyente sea en el fondo un problema de derecho natural sin verdadera trascendencia jurídica dogmática, su vigencia y vigor plenos se mantuvieron durante buena parte de los siglos XVIII y XIX; empero desde hace varios lustros aquella doctrina se halla en franco retroceso, especialmente desde que aparecen las modernas tendencias del derecho constitucional, como las que se fundamentan en la necesidad de incorporar los elementos sociales y democráticos a las doctrinas de la Constitución.

Sobra destacar que en concepto de Kelsen, el Poder Constituyente es el órgano establecido en la norma de derecho internacional consuetudinario o general llamada principio de efectividad, que se erige en la necesidad de poner límites jurídicos a los procesos de reforma de algunos preceptos jurídicos dentro de cada ordenamiento; pero, por supuesto, y como lo advierte Carpizo, dentro del pensamiento de Kelsen, si se parte del primado del derecho interno, y de la primacía del orden jurídico nacional, el Poder Constituyente aparece reconocido en la norma hipotética fundamental y es regulado y limitado por ésta como quiera que es, precisamente función de aquella fundamentarlo jurídicamente;

d) Sin duda, también es cierto que algunos autores de la primera parte de este siglo y seguidores de aquella doctrina revolucionaria como Carl Smitt, lo identifican con la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo; el Poder Constituyente en aquella teoría pertenecería, en su conjunto, al mundo del ser, como parte viva de la existencia de una comunidad, y como quiera que puede crear el orden jurídico, se encuentra fuera de él, es parte del mundo del ser y de la existencia misma de la comunidad política;

e) Ahora bien, la doctrina del Poder Constituyente de la época revolucionaria presupone una situación histórica concreta en la cual el poder político conforme a su representación formal se autoproclama autónomo de cualquier interés y condicionamiento particular, hasta el punto de considerarse preparado para abordar la obra jurídica general por excelencia, es decir, decidir sobre la Constitución pero, sobre todo, sobre la sociedad como soberano.

En efecto, en las sociedades orgánicas del *ancien regime*, el poder político era subdividido en muchas sociedades particulares y en verdad no era un poder político en el sentido moderno de la expresión, de aquel no hubiese podido emerger un poder tan general para ser capaz de una obra de carácter constituyente que, en todo caso requiere la capacidad de ponerse por fuera de las relaciones inmanentes en la sociedad para darle a aquella desde afuera un nuevo orden.

Esta es la condición del poder político desde la revolución francesa o desde el momento de la declaración de nulidad de los mandatos

imperativos que ligaban a los diputados a las necesidades particulares de sus electores y así sucede, tal vez, hasta el momento presente, pero algo ha cambiado en los últimos doscientos años y esto es precisamente la doctrina acerca del Estado, de la soberanía estatal, de la democracia y de los fundamentos de su legitimidad, lo cual no puede ser desconocido, mucho menos ante la demanda de justicia por las consecuencias patrimoniales de una actuación política legítima pero perjudicial de un órgano del Estado;

f) Así las cosas, la doctrina del Poder Constituyente como poder soberano generó problemas extraordinarios de cuya resolución depende la posibilidad misma de imaginar a la Constitución en términos jurídicos y por lo tanto vinculantes, pues sin duda para los juristas, la esencia misma del pensamiento constitucional radica en la construcción de reglas que eviten la existencia de poderes indeterminados y arbitrarios, es decir, poderes por fuera del derecho.

En efecto, si la Constitución es establecida por el máximo poder político, cómo es posible que éste se encuentre vinculado a ella, al respecto se pregunta ¿cómo es posible que la Constitución esté por encima y más allá de todos si alguno de ellos la ha hecho? Para esta teoría si se pone a la ley sobre el soberano, también se pondría al juez en condición de sancionarlo, lo cual significa colocar un nuevo soberano y más aún, también por la misma razón un tercer soberano para sancionar al segundo y así continuamente sin fin, con la confusión y disolución del Estado.

Por el contrario, aquella aseveración dista mucho de ser una realidad siquiera teórica, no sólo porque después de la promulgación de las primeras constituciones revolucionarias que se escribieron bajo su amparo, se produce la restauración europea con las monarquías constitucionales del siglo XIX, de carácter dualista, pues ponen en relación normativa dentro del marco de la Carta Política al soberano monarca con la nación o con su pueblo representante de las varias partes del reino reunidas en parlamento, algunos de cuyos elementos institucionales se reproducen en los actuales regímenes parlamentarios, sino porque, además y posteriormente, con todo el vigor del capitalismo y el liberalismo americano, de la socialdemocracia europea y sus manifestaciones latinoamericanas y de las revoluciones europeas y, en algunos casos, latinoamericanas del medio siglo, se desarrollan los regímenes constitucionales de compromisos entre las clases, se desarrolla el derecho social, se racionaliza el poder y extienden las instituciones de la justicia administrativa y la constitucional.

Obviamente, en este caso sobra recordar el ascenso y la caída de las grandes dictaduras europeas, basadas precisamente en fundamentos doctrinarios decisionistas, dogmáticos y absolutistas y aferrados a una sola verdad y a una sola justicia indiscutible, con constituyentes soberanos y absolutamente irresponsables, también sobra traer a colación la historia de algunos constituyentes desatados e irresponsables de América Latina que tanto daño hicieron al derecho, a la justicia y a la democracia en los dos últimos siglos, fundados en teorías aproximadas a las del Poder Constituyente de la revolución;

g) Este es el verdadero problema del que se ocupa el constitucionalismo como teoría jurídica del poder político, ya que dicha disciplina exige que el poder político sea sometido a una regla que él mismo debe establecer y no la providencia, la historia o la costumbre; *lex facit regem* y *no rex facit legem*. En efecto, no hay duda de que para el constitucionalismo moderno la Constitución es el antecedente del gobierno y éste la consecuencia de la Constitución; en este sentido el supuesto carácter ilimitado del Poder Constituyente contradice la exigencia de la existencia de una regla jurídica del poder y así se han presentado la mayor parte de las críticas en su contra desde el constitucionalismo.

De otra parte, la problemática de aquella teoría radica precisamente en el tema de la validez de la Constituyente, ya que, inclusive en procesos democráticos que implican una "ruptura del ordenamiento jurídico anterior", con algún pronunciamiento de fuerza o un movimiento militar, no se concibe la elaboración de una Constitución por obra de una actuación originaria o prejurídica, sino dentro de unas reglas que regulen las elecciones o el referéndum y aún el procedimiento de elaboración de la Constitución, en ese sentido, como lo afirma Ignacio de Otto, "...la intervención del pueblo va precedida de una fase provisional, previa al proceso constituyente propiamente dicho, en la que se elaboran las normas bajo las cuales tiene lugar su participación".

La más destacada solución teórica a la cuestión, pero en todo caso apenas relativa a algunos elementos aparentes del problema y que ciertamente, depende de cada ordenamiento constitucional y de la medida de su propia efectividad, ha sido dada por las distinciones formales entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y entre poder originario y poder delegado sin que con estas se satisfaga plenamente la cuestión; en virtud de esta distinción, los poderes ordinarios o constituidos son vinculados jurídicamente a la ley fundamental establecida por el Poder Constituyente. En este sentido la falta de eficacia y de efectividad de un ordenamiento jurídico dado, es lo que permitirá admitir la trascendencia de los poderes políticos sobre el derecho positivo y sobre la misma Constitución.

Otra regla de aparente solución a la cuestión de los límites al Poder Constituyente ha sido dada por su carácter extraordinario e irreplicable, lo cual demanda de los pronunciamientos del Poder Constituyente su carácter fundador y fundamentador de la validez de un orden constitucional dado; por ello, no todo pronunciamiento del órgano en funciones constituyentes alcanza aquella categoría ni puede estar respaldado en sus atributos si no se formula en aquellos términos;

h) Sin duda, la experiencia y la historia enseñan al respecto y quitan mérito a la pretendida validez absoluta de la mencionada doctrina, en verdad, la formulación teórica de los revolucionarios franceses, en cuanto a los atributos del Poder Constituyente es otra "*idea vestigio*" como la de la soberanía, que no son aceptadas plenamente hoy en día por la doctrina constitucional democrática y social, y dista mucho de ser aceptada en los escenarios científicos del derecho público contemporáneo.

Por todo ello no es válido, así mismo sostener en las postrimerías del siglo XX, que existan constituciones revolucionarias inspiradas en sus fundamentos doctrinarios de remoto origen iluminista, o racionalista, o, en el otro extremo, de carácter autoritario o fascista, y construida bajo los supuestos de uno de los varios tipos de absolutismo dogmático como la doctrina revolucionaria del Poder Constituyente, y sobre categorías indiscutibles de justicia y verdad.

Contemporáneamente se escriben otros tipos de constituciones que son llamadas pluralistas, democráticas o sociales, con la supresión de las clases hegemónicas y de la primacía normativa de unas sobre otras, sin compromisos entre las clases y sin órganos ni organismos soberanos, en todo caso basados en la doctrina política del pluralismo y de la democracia participativa, con algunas instituciones de la democracia directa y en el reconocimiento de otros sujetos legitimados para actuar con consecuencias jurídicas, no sólo ciudadanos y personas naturales y jurídicas; en este contexto histórico prolongado, ya no es tiempo de aferrarse a la metáfora que permita a los juristas hablar del poder como una entidad metafísica e inasible y al mismo tiempo como un sujeto unitario, abstracto capaz de voluntad y de acción, pero en todo caso irresponsable.

Todo lo contrario, las constituciones producidas dentro de los regímenes democráticos contemporáneos, así encuentren fundamento doctrinario en las teorías del poder constituyente, no pueden desconocer los derechos de las personas, salvo que lo dispongan expresamente y siempre que se encuentren fundadas de modo inequívoco en principios de justicia o equidad y lo hagan dentro de los límites del derecho internacional, mucho más cuando dichos derechos constituyen garantías de existencia y continuidad del sistema político y del orden social. En estos casos el Estado debe responder patrimonialmente por los daños producidos con dichos actos e indemnizar plenamente a los titulares de dichos derechos y bienes jurídicamente reconocidos al amparo de la normatividad anterior, lo contrario es el autoritarismo, la tiranía y el despotismo que encuentra la necesidad de someter el poder al derecho y de ordenar las relaciones jurídicas de los asociados.

2. El caso concreto de las consecuencias patrimoniales de la decisión política y administrativa de la "Terminación Anticipada del Período Ordinario del Congreso de la República":

a) En primer término cabe advertir que no se trata de definir en este caso si el Constituyente que se pronuncia en un Estado Democrático y Social de Derecho con ocasión de la expedición de una nueva Constitución se encuentra desatado de cualquier límite jurídico no impuesto por él mismo, o si existen límites jurídicos, o inmanentes al Poder Constituyente que puedan descalificar la validez y la legitimidad de los actos constituyentes, aquellas son cuestiones principalmente teóricas que se resuelven en otro terreno diferente del judicial y especialmente distante del contencioso administrativo.

Como se advirtió más arriba, es claro que para la teoría contemporánea del Poder Constituyente no existen poderes ilimitados e irresponsables y que se admite que aun el Constituyente debe respetar los derechos de las personas y salvo por excepción puede darse algún tipo de restricción sin reparación.

En consecuencia, el Estado debe actuar ante el reclamo concreto de reparación del eventual daño que puede causar una decisión política y administrativa del órgano en funciones de revisión constitucional y no está autorizado para resolverlos bajo el amparo de teorías abstractas y ajenas a la normatividad como la del poder constituyente originario.

Para entender los verdaderos alcances de la cuestión que aquí se debate, es preciso distinguir entre poder, función, acto y órgano constituyente, pues, sin duda, el acto que decretó el receso del Congreso de la República válidamente integrado bajo la normatividad constitucional anterior, no obstante ser emanación de un órgano reunido en funciones constituyentes, en verdad no es un acto constituyente, sino una decisión política administrativa dictada ex profeso para los efectos administrativos y políticos de permitir la puesta en funcionamiento de uno de los órganos objeto de revisión por la nueva Constitución;

b) En este caso es claro que dentro de un estado de derecho el poder supremo de dictar una Constitución o de reformarla, en principio, no está limitado en sentido material por ningún otro poder en el orden interno ni en el orden externo, pero no es ni puede ser arbitrario y desandar sobre las vidas ni sobre los bienes de las personas, aquella capacidad normativa superior es el poder conjunto de todos los miembros de una sociedad organizada que se otorga a una persona o a un grupo de personas y por ello no puede dañar a ninguno. Por tanto, en un estado democrático, debe hallarse cuando menos un fundamento expreso de justicia o de equidad para que una disposición jurídica cualquiera que sea, inclusive la constitucional, pueda afectar la vida o los bienes de los asociados.

Al respecto Locke en el ensayo sobre el Gobierno Civil sostiene que "Nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otra persona; nadie puede destruir su propia vida ni arrebatar a otra persona la vida o las propiedades. En su doctrina el legislador no puede sobrepasar el poder que se le entrega y en su ejercicio llega hasta donde llega el bien público de la sociedad sin poder esclavizar o empobrecer deliberadamente a sus súbditos".

Pero, además, para Locke la autoridad suprema no puede atribuirse la facultad de gobernar con decretos improvisados y arbitrarios, pues está obligada a dispensar justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas;

c) En este sentido, un acto constituyente es la decisión normativa general y originaria dictada por quien está habilitado para ello y, además, puede hacerla efectiva y legítima, con el fin o de implantar un nuevo orden jurídico contenido en una nueva Constitución y dentro del marco de un nuevo sistema político, o de reformarla en todo o en parte, pero dentro de los límites que ella misma impone.

En todo caso, no adquiere dicha entidad una norma transitoria de carácter administrativo, no obstante que por mandato de otras disposiciones no sea posible controlar judicialmente su constitucionalidad; en este sentido se parte de la base que si un órgano del Estado cumple una función pública, las características jurídicas de los actos expedidos en su ejercicio deben corresponderse en un todo por la norma que regula la función o con la función misma, en caso de ausencia de norma límite expresa, lo cual sólo es admisible, precisamente, en el marco de una labor constituyente;

d) Al respecto de lo que aquí se anota, es claro que la disposición que sirve de base del reclamo de reparación directa por el daño especial no es un acto de naturaleza estrictamente administrativa, como corresponde a un acto administrativo laboral en sentido formal, emanado de una

entidad o un organismo habilitado para manifestar la voluntad de la administración enderezada a definir sobre una situación jurídica de dicha naturaleza, o que ponga fin a una relación laboral de naturaleza pública relacionada con el servicio del Estado, ni es una providencia judicial debidamente controlada dentro de los estrados de lo Contencioso Administrativo.

Con meridiana claridad, en este asunto tampoco se trata de un acto normativo equiparable a la Constitución en sí misma considerada, tampoco es un acto constituyente, ya que no es el fundamento del nuevo orden jurídico positivo ni es una disposición que sirva de punto de imputación de la validez del resto del ordenamiento jurídico.

Pero además, en el caso específico de la reunión de la Asamblea Nacional Constitucional de 1991, no se encuentra manifestación alguna con consecuencias jurídicas de un poder revolucionario o de una revolución triunfante y victoriosa, mucho menos las de un golpe de Estado, ni la de un golpe institucional o palaciego, ni podría ser esta la sede para su definición conceptual o histórica; en este caso no se sustituyó el sistema político, ni se limitó libertad o garantía constitucional alguna, ni se desconocieron las bases fundamentales del régimen económico y apenas se procuró la reforma de algunas instituciones políticas básicas del régimen electoral y de los partidos, apenas se dio una de las modalidades del cambio constitucional en el sentido contemporáneo de la expedición regular y ordenada de un nuevo texto actualizado con bastantes novedades técnicas y orgánicas dentro del régimen constitucional colombiano y así será en adelante, posiblemente con mayor frecuencia que antes, por virtud de la incorporación de nuevas técnicas y procedimientos de reforma previstos en la nueva Carta como el referido, la Asamblea Constituyente, el acto legislativo del Congreso de la República y el Plebiscito que, a las claras, muestran que la de 1991 de Colombia es una de las constituciones menos rígidas de América;

e) Así las cosas, es claro que la Carta de 1991, expedida dentro del marco del ordenamiento constitucional anterior, no fue impuesta por la Asamblea Nacional Constitucional en ejercicio de algún poder constituyente revolucionario; por el contrario, fue producto de un procedimiento jurídico *sui generis* avalado por dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena que era el órgano judicial competente para examinar la constitucionalidad de las leyes y de los actos equiparables a ellas y precisamente, con base en la ley en sentido material, como quiera que los decretos de estado de sitio, por lo menos temporalmente ocupan el lugar de la ley según la jurisprudencia de aquel organismo.

En su seno se reunieron representantes de varias de las organizaciones democráticas populares, sociales y de los trabajadores existentes en nuestro país y, por si fuere poco varios órganos judiciales se hicieron presentes con proposiciones atendidas in extenso, y, por ello, tampoco es posible admitir la tesis de la revolución del constituyente colombiano de 1991. Su reunión fue posible gracias a la existencia de instituciones políticas sólidas y respetables como los restantes órganos jurisdiccionales y administrativos, y de la sociedad, así como del Estado en general que, patrocinaron y avalaron las actividades de dicho órgano, de varios modos presentando propuestas de reforma y de cambio.

En estas condiciones ¿para qué un constituyente arbitrario y un leviatán desatado, cuando ni siquiera el órgano en funciones constituyentes en nuestro caso se autoproclama irresponsable, y a lo sumo reclama para sus actos generales de carácter constituyente la ausencia de control de constitucionalidad o de legalidad, sin desatar de antemano y por vía general cualquiera otra controversia subjetiva y patrimonial por sus actuaciones ni por sus actos políticos de consecuencias administrativas y patrimoniales?

La decisión jurídica que se estima causante del daño a reparar y objeto del reclamo de la demanda, no puede entenderse como una verdadera disposición normativa de carácter constitucional con todas las características que le podría imprimir un órgano *ad hoc* y apenas depositario transitorio de la función constituyente, pues, el concepto de constitución sólo es verdaderamente comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos que consiste en la distinción entre actos de creación y actos de aplicación de normas. El primero es el prístino e irreplicable acto constituyente, que se traduce en una nueva Constitución o en una reforma de aquella; el segundo puede ser un acto del órgano constituyente de cualquiera otro orden, como una disposición política o administrativa que no alcanza aquella categoría.

De otra parte, toda la operación administrativa que desencadenó puede ser entendida como el resultado de las funciones generales que le correspondían, en un proceso regulado de expedición o de reforma de una Constitución y dentro de un Estado de derecho legítimamente constituido y organizado bajo el marco de unas instituciones jurídicas que perduran, al organismo titular transitorio del Poder Constituyente de origen democrático que eventualmente aparece radicado en su cabeza, no por virtud de una revolución, ni de un golpe sino prendido dentro del marco de una convocatoria de orden legislativo producida bajo de la normatividad del estado de sitio.

La disposición que se controvierte en sus consecuencias patrimoniales en el presente negocio es una decisión político administrativa, que aun cuando es producto de las funciones de un órgano constituyente que ejerció el Poder Constituyente, no cuenta con los atributos normativos de una Constitución, ni de un acto constitucional en el sentido material del término, ni se propone el desconocimiento de derecho subjetivo, laboral ni patrimonial alguno y por ello debe decretarse la reparación reclamada.

Como se ha visto, aquella es una decisión política que emana de un organismo estatal, jurídicamente reunido dentro del marco de un ordenamiento constitucional regularmente establecido y en plenas funciones dentro de una legalidad vigente, pero en verdad, se trata de una disposición jurídica autoaplicativa de carácter concreto y específico que se agota en sí misma por sus alcances subjetivos, inmediatos y particulares.

Así pues, nada más coherente con estas reflexiones que la afirmación de la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus órganos y de sus instituciones jurídicamente reguladas en funciones de reforma constitucional, si se tiene en cuenta la flexibilidad para los varios tipos de procesos de reforma previstos por la nueva normatividad y la necesaria seguridad jurídica de que debe rodearse a los asociados.

El caso concreto

Sea lo primero señalar que el conocimiento del presente proceso corresponde, por expresa disposición legal, a esta jurisdicción. En efecto, si bien es cierto que con anterioridad al Decreto 01 de 1984, el control de los actos políticos o de gobierno sólo se contemplaba doctrinaria y jurisprudencialmente, a partir del estatuto mencionado, se consagró normativamente en su artículo 82, que la jurisdicción "podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma", expresión esta última que declaró inexecutable la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de noviembre de 1984. Posteriormente, el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, mantuvo el mismo precepto, salvo, desde luego, la parte declarada inexecutable. En las anteriores condiciones, en tratándose de una acción de reparación directa instaurada en relación con una actuación de la Asamblea Nacional Constitucional, estima la Sala que a ella corresponde conocer y decidir en segunda instancia sobre la misma.

Ahora bien, en el evento examinado se encuentran suficientemente acreditados los siguientes aspectos fundamentales:

¿ Que el señor Feisal Mustafá Barbosa se inscribió como candidato al Senado de la República por la circunscripción electoral de Santander para las elecciones del 11 de marzo de 1990, en las cuales obtuvo una votación de 50.601 sufragios (fls. 35 - 37, 76 y 78).

¿ Que los delegados del Consejo Nacional Electoral declararon al demandante como "Senador Principal por la circunscripción electoral de Santander, para el período de 1990 a 1994" (fl. 40).

¿ Que "tomó juramento legal de rigor el 20 de julio de 1990" y su asistencia a las sesiones del Congreso fue así:

"Entró el 20 de julio de 1990. Salió el 24 de julio de 1990.

Entró el 31 de julio de 1990. Salió el 30 de noviembre de 1991" (sic.) (fl. 40).

¿ Que según el pagador del Senado de la República, la asignación mensual de un Senador, vigente a 30 de noviembre de 1991, correspondía a \$257.280.40 por concepto de dietas y \$457.387.40 por gastos de representación, para un total mensual de \$714.667.80 (fl. 62).

¿ Que como consecuencia de un acuerdo de naturaleza política celebrado entre el Presidente de la República, los Presidentes de la Asamblea Nacional Constitucional y el Director del Partido Liberal, se "recomendó" a la Asamblea Constitucional la aprobación, como disposiciones transitorias de la Constitución, entre otras, las de convocar a elecciones generales para Congreso y mantenerlo en receso junto con sus Comisiones, hasta la instalación del nuevo Congreso (fls. 109 - 111).

¿ Que mediante los artículos 1º y 3º transitorios de la Constitución Política, se dio cumplimiento a la recomendación anteriormente referida.

¿ Que el 1º de diciembre de 1991 se instaló y juramentó el nuevo Senado de la República, en el cual no figuró el demandante (fls. 138 - 142).

Con fundamento, pues, en los antecedentes fácticos que se acaban de relacionar, procedo a pronunciarme sobre el objeto de esta controversia, esto es, acerca de si hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación colombiana por causa de la decisión de la Asamblea Nacional Constitucional que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1º de diciembre de 1991, impidiéndole completar así, el período electoral que culminaba el 19 de julio de 1994, conforme lo consagraban las normas constitucionales y legales que regulaban esa materia. Una vez determinado este primer aspecto, es decir, si hay o no lugar a la declaración de responsabilidad, me ocuparé de lo concerniente a las pretensiones indemnizatorias.

Cabe señalar cómo el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado ha venido desde sus comienzos, en un lento pero progresivo avance en la búsqueda de mecanismos y sistemas de protección de los derechos de los administrados frente a la actuación en ocasiones perjudicial y dañosa de la administración. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha procurado ampliar el cubrimiento reparatorio para los daños antijurídicos que el ejercicio del poder estatal causa a los individuos de un determinado conglomerado social.

Ese progresivo cubrimiento indemnizatorio, sin embargo, fue de difícil y lenta aceptación en punto de la responsabilidad derivada de la actividad legislativa, la cual fue completamente negada en el siglo XIX, posición que ha ido morigerándose merced a la muy importante y decisiva participación de la jurisprudencia francesa. La irresponsabilidad por razón de la ley se fundamentaba en la soberanía de ésta, contra la cual ninguna objeción podía formularse. Recuerda la Sala las referencias históricas que el Ministerio Público consigna en su concepto, sobre el desarrollo de la materia comentada en Francia, como fueron, entre otras, las decisiones tomadas por el Consejo de Estado, el 14 de enero de 1938, al decidir el caso de la Societé Anonyme de Produits Laitiers La Fleurette, donde, por primera vez, se reconoció abiertamente la responsabilidad extracontractual del Estado - legislador. El proceso se originó en la Ley de 29 de junio de 1934, dictada para proteger la producción de la leche, y se condenó al Estado a pagar indemnización, con fundamento en los perjuicios ocasionados a la sociedad mencionada, a la que había colocado en la imposibilidad de continuar fabricando un producto llamado Gradina. Distinguió entonces el Consejo de Estado de Francia entre si el legislador había excluido expresamente la posibilidad de indemnización por los perjuicios que llegare a causar, o si expresa o aun tácitamente la admitía.

En relación con lo anterior, Garrido Falla, en cita que transcribe el concepto fiscal, hace referencia a las condiciones para que, según el Consejo de Estado de Francia, pudiera hablarse de la responsabilidad del Estado - legislador: la primera que la ley de manera expresa no hubiera excluido la reparación; la segunda, que el perjuicio sea especial y de gravedad suficiente; y, la tercera, la finalidad misma de la ley. Posteriormente, en la jurisprudencia Bovero de 25 de enero de 1963, el Consejo de Estado dispuso la indemnización a los propietarios de los locales ocupados por los militares que servían en Africa del Norte durante la guerra de Argel, por los daños causados por una ordenanza que

prohibía la expulsión de estos ocupantes. No se hizo allí referencia alguna a la voluntad del legislador, sino que la reparación se dedujo de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas. Con este último fallo, en concepto de Santamaría Pastor, "La producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el legislador haya excluido expresamente este derecho".

Debe señalarse cómo el concepto de responsabilidad del Estado - legislador igualmente ha tenido un gran desarrollo y ha cobrado gran impulso en la doctrina y jurisprudencia españolas. En un artículo sobre el tema, publicado en la Revista de Administración Pública número 118, el profesor Garrido Falla, hace la siguiente referencia de la Sentencia del Tribunal Supremo fechada el 25 de septiembre de 1987: "...si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos aun puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes, de lo que e infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados".

Por su parte, en la Revista de Administración Pública número 68, del Instituto de Estudios Políticos, el profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, publicó un estudio sobre la responsabilidad del Estado - legislador, y al referirse al tratamiento que en Italia se le ha dado a la materia comentada, expresó: "...El tema se plantea, desde el punto de vista de la teoría del sacrificio, de modo abierto: ¿Existe un derecho a indemnización en relación con los daños producidos por actos legislativos? O, desde la perspectiva opuesta, ¿se halla el legislador vinculado constitucionalmente a resarcir los daños que causa a los particulares en el uso de su potestad normativa? Como puede apreciarse el tratamiento del problema es frontal, sin referencia alguna a una justificación en la idea de culpa o ilícito... La respuesta a este interrogante es hoy unánimemente positiva, si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial... esta respuesta se basa en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos. Y otro, de naturaleza positiva, al principio de intangibilidad relativa del patrimonio, deducido por vía analógica del artículo 42.3 de la Constitución, que define el instituto expropiatorio y lo condiciona a la existencia de una indemnización...".

Conviene advertir cómo las referencias que se hacen acerca de la evolución del concepto de responsabilidad frente a las actuaciones legislativas del Estado, no llevan otra intención que la de apenas señalar, cómo de una inicial postura de irresponsabilidad, se avanzó paulatinamente hacia una posición de franca aceptación de responsabilidad, criterio que actualmente es predominante en la mayor parte de la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjeras.

En Colombia, en cambio, hasta la fecha han sido vacilantes nuestra legislación y la propia jurisprudencia contencioso administrativa, en la misma forma que vacilaron el legislador y la jurisdicción administrativa en Francia y otros países cuyas decisiones hemos seguido para reconocer la responsabilidad del Estado - legislador. Desde luego, también por sustracción de materia, no existe antecedente jurisprudencial alguno en torno de la responsabilidad patrimonial de la administración frente a actuaciones de la Asamblea Nacional Constitucional. Tal pareciera que la distribución de funciones de que hablaba Montesquieu, por la posibilidad de interferir con la otra rama del poder, sirviera de freno o impedimento para que los juzgadores conocieran, examinaran y decidieran sobre la responsabilidad del denominado poder legislativo, o del llamado poder constituyente. Por supuesto que si tal concepción se ha tenido en cuanto concierne con la responsabilidad del Estado - legislador, muy difícil resulta, si no imposible, encontrar algún pronunciamiento jurisdiccional, interno o foráneo, donde se haya estudiado y definido la responsabilidad del Estado, no ya por actos del legislador, sino por actuaciones o determinaciones del denominado Poder Constituyente.

Resulta conveniente, por el sentido real y futurista que contiene, hacer referencia a la decisión de esta Sala, fechada el 18 de octubre de 1990, expediente número 5396; actor: Sociedad Felipe Garrido Sardi, con ponencia del señor Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, especialmente en las siguientes manifestaciones:

"...Los casos citados por Riveró, en que la jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente la responsabilidad por el hecho de las leyes, permiten concluir que, dentro de circunstancias distintas de las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del Estado - legislador..." y en otro aparte expresa: "...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" (Destaca la Sala).

Ahora bien, contra lo expresado por el juzgador de primera instancia, se considera que a estas alturas, a las puertas de un nuevo siglo, cuando la soberanía ha dejado de significar el ejercicio de un poder omnímodo y absoluto, el concepto de irresponsabilidad estatal así sea por actos del legislador o del mismo constituyente no debería mantenerse, salvo como situación excepcional. Cabe recordar cómo, por ejemplo, siglos atrás era aceptada la infabilidad del rey y el origen divino de su poder, eran verdades incontrovertibles, normas soberanas, inherentes a las organizaciones sociales y políticas de la época. Empero, ¿a pesar de su trascendencia innegable y de su universal proyección, se podrían concebir e imponer tales principios en cualquiera de nuestros sistemas políticos contemporáneos? No obstante lo negavito de la respuesta para la época moderna, mal podría olvidarse hoy que a pesar de su decadencia, en su momento se constituyeron en verdaderas columnas estructurales del poder y la soberanía de poderosas monarquías. Frente, pues, a tan evidentes antecedentes históricos, en verdad las disposiciones que consagran la irresponsabilidad del Estado, en todos los casos, deben tener un carácter exceptivo muy especial. Este, por lo demás, es el cauce por donde transita el flujo doctrinario y jurisprudencial contemporáneo y actual en los sistemas judiciales más desarrollados. en los cuales nuestros doctrinantes y falladores han encontrado siempre abundantes enseñanzas.

En este mismo orden de ideas y precisamente sobre el tema de la soberanía y la responsabilidad del Estado, en reciente decisión, la Sala al refutar la posición oficial según la cual el Estado no es responsable "cuando su función implica el ejercicio de su soberanía", en sentencia de 2 de febrero de 1995, expediente No. 9273, con ponencia del señor Consejero, doctor Juan de Dios Montes Hernández, expresó:

"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¿.

"La construcción de la irresponsabilidad del Estado fundada en su soberanía, es teoría completamente superada en el panorama jurídico universal y en nuestro derecho.

"Como se ve, de iniciación existen ciertas zonas de la acción estatal frente a las cuales se continuó aplicando la tesis de la irresponsabilidad, en unos casos, y, otras para los cuales su deducción se condicionó a ciertas exigencias especialmente rigurosas, tales como la existencia de ¿faltas manifiestas y de particular gravedad¿, o de ¿faltas administrativas graves¿, para algunos servicios públicos. En el primero de los renglones indicados, se situaron, por ejemplo, las leyes, los actos jurisdiccionales y los actos de gobierno, los cuales, sin embargo, con el paso del tiempo fueron formando parte de la acción ¿responsable¿ del Estado, disminuyendo, hasta su extinción, los casos de irresponsabilidad en buena parte de los regímenes jurídicos.

"Y, en cuanto a los segundos, las exigencias se fueron eliminando o disminuyendo su rigurosidad, de modo que se facilitó notoriamente la responsabilidad patrimonial a cargo de las personas jurídicas de derecho público.

"Recorrido similar ha seguido nuestro derecho en el cual, por lo demás, no se conocen antecedentes importantes que permitan señalar una época del Estado patrimonialmente irresponsable; de modo que las afirmaciones del recurrente resultan francamente inaceptables, bien como teoría general, bien como tesis particular para el Estado colombiano.

"Ya la Corte Suprema de Justicia, para entonces, encargada de la guarda de la Constitución, en sentencia de 15 de noviembre de 1984, examinando la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto Extraordinario en lo atinente al control jurisdiccional de los denominados ¿actos políticos o de gobierno¿, dijo ¿que la distinción entre acto administrativo y acto político o de gobierno, es una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, puesto que ninguna cláusula de aquélla permite hacer dicha diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos, que no servirá para excluir tales actos del control jurisdiccional¿.

"Esta concepción jurisprudencial corre pareja con las tesis jusadministrativistas contemporáneas que pretenden reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado con el objeto de sujetar la totalidad de su acción al imperio del Derecho y al examen del contralor jurisdiccional, y, por lo tanto, a la posibilidad de que comprometa la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas de Derecho Público. En este propósito han revestido especial importancia las reflexiones del profesor García de Enterría al establecer las diferencias entre las discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, ideas que han sido acogidas en oportunidades diversas por la jurisprudencia española y por la colombiana.

"Son estas concepciones las que se respiran en el conjunto normativo de la Constitución Política vigente desde 1991, en especial en el artículo 90 o cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado y que, bajo la Carta Política anterior, habían sido deducidas, por interpretación sistemática y luego de una lenta pero decidida elaboración, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

"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". (Negrillas de la Sala).

Y precisamente, en expresa referencia a las actitudes de la administración cuando con las mismas causa daño a los asociados, llegan a propósito para los efectos de esta providencia, los razonamientos plasmados en reciente decisión de la Sala, en el proceso No. 9550, actor: Luis Carlos Castellanos Ruiz, donde con ponencia del señor Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, en lo pertinente se expresó:

2. "Ha mucho tiempo que los jueces en la justicia contencioso - administrativa han dejado, con imaginación, buena parte de las tesis jurídicas francesas, con el fin de idear soluciones para una realidad social bien distinta, como la colombiana. Sólo así se ha podido hacer justicia, para que no se predique que tenemos una Colombia en el papel y otra en la realidad, esto es, una Constitución muy moderna, pero unos jueces muy anclados en el pasado, con la filosofía de que el Estado no puede cometer error. La línea de conducta fue trazada ha mucho tiempo por Hauriou cuando predicaba: "Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocados: Que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio". (Destacado por la Sala).

"Es verdad que en la materia es necesario *aterrizar*, pero ese mensaje no puede ser para la justicia contencioso - administrativa, que ha mucho tiempo tocó pista sin perder el manejo de los valores y de los principios que informan la bella conciencia del derecho, y que permiten también *decolar* cuando sea necesario. La invitación a hacer un derecho a la medida del país no podrá entenderse nunca como *¿medida de lo arbitrario¿*, de lo *¿injusto¿*, de lo *¿violento¿*, porque cuando se trata de tomar tales medidas no aparecen mensajes muy alentadores. El juez colombiano, si quiere ser justo, tiene que volar más alto, porque el medio social en que se mueve no es paradigma de las mejores virtudes sociales. Tampoco debe permitir que sus decisiones sean ambientadas en ningún medio, o por persona alguna, no obstante la prestancia política, jurídica, o académica que ella ostente".

En las condiciones anteriormente relacionadas no resulta de fácil entendimiento, ni de sencilla comprensión que si bajo la vigencia de disposiciones constitucionales y legales un ciudadano luego de someterse a las particulares exigencias normativas, sustanciales y de forma, para conseguir una curul como Senador de la República, logra obtenerla y fuera de eso desempeñarse como tal, con la aquiescencia, reconocimiento y aval de las autoridades estatales competentes, pueda luego desconocerse, de improviso y sin ningún tipo de consecuencia reparatoria, la situación jurídica concreta que le permitía ejercer como parlamentario por el plazo que la Constitución y las leyes le habían establecido. Tal interpretación, si bien fue de recibo cuando en las postrimerías del siglo pasado Laferriere, sostenía que "es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación", hoy por hoy, tal concepto no resulta aceptado ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Razones de política social, de justicia y de equidad han fortalecido una concepción jurídica en procura de que la figura del Estado no responsable sólo surja en situaciones excepcionales, entendidas éstas como aquellas en las que la reparación por los derechos vulnerados resulta franca y absolutamente imposible de realizar. Con razón dice el profesor García de Enterría:

"¿Es qué la impunidad por los daños causados a los súbditos será un precio obligado para que la Administración pueda funcionar, un precio, pues, de la vida social? Nadie lo cree ya en ningún país y, por supuesto, no lo cree tampoco nuestro legislador, que desde 1954 viene con reiteración y con generosidad digna de ser resaltada sosteniendo enérgicamente lo contrario. Ese era el planteamiento arcaico de la teoría de la responsabilidad civil de la administración, el que se expresaba en los dogmas *¿The king can do not wrong¿* o *¿Le propre de la souveraineté ¿est de s¿imposer à tous sans compensations¿*, dogmas medievales y simplistas que la conciencia social y jurídica moderna han repudiado definitivamente..." (Eduardo García de Enterría. Prólogo a la obra *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, de Jesús Leguina Villa).

No se entra, pues, a cuestionar, ni a examinar, porque no es del caso, ni tampoco es materia de debate, la constitucionalidad de las determinaciones tomadas por la Asamblea Nacional Constitucional, en perjuicio de los congresistas elegidos en marzo de 1990. Por el contrario, se parte del supuesto de la legitimidad de tales actuaciones precisamente por tratarse de un poder constituyente de carácter derivado. Lo anterior, sin embargo, no impide sostener que el poder del constituyente sí puede tener limitaciones y restricciones. Retomo, para el caso examinado, el pensamiento del profesor Luis Carlos SÁCHICA, en su Esquema para una Teoría del Poder Constituyente, cuando refiriéndose a sus limitaciones concluye que éste "...aunque sea soberano y el origen de todo poder, no es absoluto ni incondicional. Lo fáctico, el criterio de lo justo, el tiempo que se vive y el vivido, la interdependencia de los pueblos, el sentido común y el pragmático, las costumbres, los ideales y creencias, las fuerzas resistentes que cumplen función de contrapoderes, moderan y neutralizan aún más el desbordado ímpetu revolucionario". Pero no se trata sólo de las circunstanciales restricciones enunciadas, toda vez que en relación con el constituyente secundario, éste se encuentra en todo supeditado por el constituyente originario o primario, sin poder sobrepasar el mandato de éste recibido. Otro entendimiento de esta materia, implicaría que pudiera el delegado sobrepasar los parámetros señalados por el constituyente originario, que extralimitara las funciones asignadas y que en determinado momento resultara suplantado al constituyente original.

Pues bien, a pesar de lo anterior, no obstante, el carácter secundario o derivado que tenía la Asamblea Nacional Constitucional, se determinó, en situación jurídica y políticamente cuestionada, que esa Corporación podía decidir con absoluta libertad sobre todos los temas, entre estos, el relacionado con el Congreso, y de manera especial en lo referente al que en ese momento ejercía sus funciones, resultantes de una elección constitucional y legalmente realizada, avalada además, por las autoridades electorales competentes y posesionado, como complemento, ante el propio Presidente de la República.

Consecuencia lógica de las consideraciones que se vienen haciendo, es que si por razón de alguna de las determinaciones del constituyente secundario, en este caso de la Asamblea Constitucional, hubo administrados que especialmente resultaron perjudicados, como en efecto los hubo, surge entonces para ellos, por razones de justicia y equidad, la necesidad jurídica de que sea el propio Estado al que le corresponda proveer lo pertinente para hacer efectiva la reparación de los daños ocasionados.

Es que no resulta jurídicamente permisible el sacrificio involuntario de unas personas, en beneficio de la comunidad, sin que se logre la igualdad que resultó alterada. La carga que genera una utilidad colectiva, y el servicio del legislador lo es para todos, ha de distribuirse proporcionalmente entre los demás miembros de la comunidad, para no afectar única y exclusivamente a una o varias personas del mismo grupo, es decir, a los encargados de la prestación del respectivo servicio, en cuyo favor se impone el reconocimiento. Cabe recordar que fue el propio Constituyente de 1991 el que plasmó en el artículo 13 de la Carta Política, como derecho fundamental el de la igualdad, cuyos principios, sin objeción alguna, bien pueden trasladarse al *sub judice* con miras a la aplicación de la tesis de la igualdad de las cargas públicas al caso que hoy examina la Sala.

Recuérdese cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado que "la igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas y otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que justicia concreta". (Subrayas y negrillas fuera de texto. Sentencia C - 049 del 27 de febrero de 1993).

En este orden de ideas, el daño que se ocasione debe romper la equidad al imponer al afectado una carga injusta y desigual, distinta a las que los demás ciudadanos normalmente deben soportar. Así, mal podría hablarse de desequilibrio en las cargas públicas cuando se trata, por ejemplo, de impuestos, contribuciones, servicios, todos determinados por el legislador en forma general para los integrantes de la comunidad. La correspondiente carga pública, en tales casos, por ser aplicable a todos los individuos, armoniza con el principio de equidad, e impide hablar del desequilibrio de las cargas públicas.

Pero de otra parte, no encuentro convincente el argumento del *a quo* sobre la soberanía y el poder omnímodo del constituyente, para que, escudándose en esos "dogmas medievales y simplistas que la conciencia social y jurídica moderna han repudiado", según García de Enterría, se pretenda ahora por parte del Estado que causó el daño, desconocer situaciones jurídicas concretas de ciertos administrados, quienes en mal momento fueron víctimas especiales de la decisión, eso sí, legítima, del constituyente.

Bajo el supuesto plenamente demostrado de que el actor ostentaba la calidad de Senador de la República y de que el propio Estado a través de los delegados del Consejo Nacional Electoral expresamente le habían reconocido esa condición, la cual, por lo demás, la había ejercido desde el momento mismo en que se le recibió juramento, estimo que frente al agotamiento o supresión anticipada de su período como parlamentario, provocado por el constituyente secundario, en elemental justicia y equidad le cabe el derecho al actor de ser indemnizado por los daños que consecuentemente a esa supresión tuvo que soportar. Tal entendimiento resulta aún de mayor aceptación si se observa que el doctor Mustafá Barbosa no se hallaba frente a una situación jurídica abstracta, sino que, por el contrario, el propio Estado colombiano en su momento lo reconoció y posesionó como Senador, con todas las consecuencias políticas, legales, sociales, jurídicas y económicas que tal investidura implicaba. Consecuentemente, si ese mismo Estado a través de la Asamblea Constitucional decidió suspenderlo o cesarlo en el ejercicio de sus funciones como congresista, en determinación que jurídicamente hoy es incuestionable, de la misma manera y por fundamentales motivaciones de justicia y equidad, así como por razón de la naturaleza especial del perjuicio ocasionado y, desde luego, por el desequilibrio de las cargas sociales que tal decisión genera, surgió una obligación estatal para atender la reparación de los daños ocasionados, en este caso al demandante.

Quiero ser reiterativo en el concepto que tengo acerca de la legitimidad de la actuación cumplida por la Asamblea Nacional Constitucional como constituyente secundario. Tal legitimidad, la de la Constitución y la de los demás actos promulgados, "no están sujetos a control jurisdiccional alguno", según lo dispuso, en forma expresa, la misma Corporación en el artículo transitorio 59 de la Carta Política.

Empero, no se pretende cuestionar de ninguna forma la actuación referida, al suprimir o hacer cesar en sus funciones, al Congreso elegido en las elecciones de marzo de 1990. Sin embargo, así se haya tratado de una determinación del Constituyente, considero que como consecuencia de aquella, en el caso concreto del demandante, éste resultó singular y especialmente perjudicado y le cabe pleno derecho a ser indemnizado. La omnipotencia que se pretende atribuir a la Asamblea Nacional Constitucional, para derivar de ella la irresponsabilidad por sus actuaciones, reviviendo así conceptos perfectamente revaluados en la doctrina y la jurisprudencia universales, no resulta de aceptación en el *sub judice*. Que pudiera suprimir el Congreso u otras corporaciones, que afectara a las distintas ramas del poder, que modificara el sistema político vigente, etc., eran actividades que por su naturaleza le estaba permitido a la Asamblea Nacional llevar a cabo. Pero, siempre que no atentara contra los derechos fundamentales de las personas, por ejemplo, el derecho a la vida, a su libertad, a la propiedad, al trabajo, etc. Recuérdese cómo una de las fuentes formales de la responsabilidad se encuentra en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente constatada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización".

Ese mismo criterio de reparación estimo que debe trasladarse al caso que es objeto de estudio. Que el Constituyente en sus fines requería la "renovación" del Congreso y para conseguirla tenía que sacrificar a los elegidos en marzo de 1990, bien podía hacerlo, como en efecto lo hizo. Pero, a renglón seguido, frente a ese especial sacrificio a que los entonces congresistas resultaron sometidos, frente a ese irrespeto de uno de sus derechos fundamentales, frente a las consecuencias de todo orden que la cesación imperativa de sus funciones les trajo, procedía así mismo "la condición de una justa y previa indemnización", como se estableció hace aproximadamente doscientos años en Francia.

No encuentro razón alguna para denegar ese derecho resarcitorio. El propio Constituyente no prohibió la reparación de los perjuicios. El Estado colombiano tuvo tanta conciencia de esa obligación, que menguadamente permitió el pago de los ingresos que les correspondía a los Miembros del Congreso saliente, aún estando cesantes en sus funciones, hasta el 30 de noviembre de 1991.

Tómese en consideración, de otra parte, que la situación jurídica concreta como Senador de la República, con todas las ventajas y obligaciones inherentes a ella misma, no hubiera podido serle reconocida al demandante por las autoridades competentes, si previamente y de manera constitucional y legal no hubiera adquirido esa calidad de Congresista. Si el Consejo Nacional Electoral declaró electo como Senador Principal por la Circunscripción Electoral de Santander a Feisal Mustafá Barbosa, para el período de 1990 a 1994 (fl. 39), y si el actor prestó juramento como Senador el 20 de julio de 1990, y asistió a las sesiones del Congreso entre el 20 de julio de 1990 y el 30 de noviembre de 1991 (sic) (fl. 40), resulta por lo menos inexplicable, sostener la inexistencia de una situación jurídica individual y concreta a su favor, no sólo reconocida por las autoridades electorales, sino además respaldada por su ejercicio como Senador de la República, cuya suspensión o cesación fue sin duda alguna, antes que el acatamiento a la voluntad del constituyente primario, el lógico resultado de conveniencias políticas plasmadas en decisiones transitorias de la nueva Carta Fundamental.

Dimana de lo anteriormente expuesto, que en el *sub judice* hay lugar a manejar la controversia bajo el principio de la igualdad de las cargas públicas, en razón a que las decisiones de los artículos 1 y 3 transitorios de la nueva Constitución afectaron o perjudicaron, en forma excepcional, a unas pocas personas, a quienes habían sido elegidas como Congresistas en marzo de 1990, so pretexto de "beneficiar" a la comunidad colombiana con las supuestas "ventajas" que tales normas transitorias iban a traerle a la mayoría o generalidad del pueblo colombiano a costa, se repite, del sacrificio económico, político y patrimonial de unos pocos ciudadanos, decisión que por su propio contexto vino a desequilibrar las cargas públicas, haciendo más gravosa la situación de este grupo minoritario, por lo que se impone, mediante la reparación correspondiente, que el propio Estado restablezca el equilibrio de las denominadas cargas públicas. Cabe reiterar aquí que fue ese mismo Constituyente el que en el artículo 13 de la Carta Política consagró como norma definitiva el derecho constitucional fundamental de la igualdad ante la ley, y que obliga al Estado a promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...".

Las anteriores consideraciones conducen hacia la teoría de la responsabilidad por daño especial, tesis sobre la cual conviene recordar lo

consignado en sentencia de 13 de septiembre de 1991, en el proceso de Tomás A. Badillo Angel, Expediente N° 6453, con ponencia del Consejero que ahora elabora este salvamento de voto, en la cual se hicieron, entre otras, las siguientes consideraciones:

"La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, se acentúa de manera especial con el artículo 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que ¿Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

¿El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

¿El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan¿.

"Si bien es cierto en la anterior Constitución no existía un texto que comprendiera tan bellamente el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley y del derecho que estas tienen a recibir protección de la autoridad, lo cierto es que doctrinaria y jurisprudencialmente sí se habían resaltado estos derechos fundamentales del ser humano.

"En reciente sentencia esta Corporación después de recordar que en fallo de 28 de octubre de 1976, que es el mismo que invocó el Tribunal como fundamento de su sentencia, en punto relacionado con la responsabilidad por daño especial, discurrió así:

¿Como es fácil deducirlo de la jurisprudencia parcialmente transcrita, la tendencia a responsabilizar los entes administrativos, en virtud del comúnmente denominado *daño especial*, presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, o, por lo menos, un grueso número de ellos no ha padecido igual deterioro en los bienes que integran su patrimonio; y, el proceder o conducta de la administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable. Esta figura, pues, difiere ostensiblemente de la tradicional *falta o falla en el servicio*, desde luego que no puede enrostrársele a la administración deficiencia, equivocación u omisión en los quehaceres que le competen.

¿Esta Sala, en sentencia de 20 de febrero de 1989, analizó los distintos regímenes de responsabilidad administrativa y entonces discurrió así:

¿Se ha dicho y repetido por la jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tutelan, sobre la base de la igualdad de los ciudadanos, los derechos y garantías sociales que la Constitución Nacional consagra y garantiza a todos ellos (Título Tercero de la Carta Fundamental) y, de modo particular, en los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 39, 44 y 51 de la Carta. En desarrollo de esos preceptos, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han organizado diversos sistemas o regímenes de responsabilidad, orientados siempre por una meta definitiva: la de obtener el restablecimiento del derecho del administrado que haya resultado lesionado por los actos, los hechos, las acciones o las omisiones imputables a los entes administrativos.

¿El fundamento común y mediato de dichos sistemas o regímenes estriba, pues, en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Al respecto, desde antaño existen pronunciamientos de los más altos tribunales del país. Es así como la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de su Sala de Negocios Generales del 3 de agosto de 1949 lo siguiente:

¿La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado (GACETA JUDICIAL, Tomo 46, números 2073 y 2074, pág. 543; las subrayas no son del texto).

¿Y el Consejo de Estado no ha sido menos explícito al respecto. En efecto, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, la Sección Tercera de la Corporación expuso los siguientes planteamientos que conservan plena vigencia:

¿La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional - bello artículo, lo llama el señor Samper - , en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intranscendente parece ese precepto; pero no es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupo, de clase o de partidos.

¿Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su

jurisprudencia (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo 73, Nos. 415 y 416, pág. 279; las sublíneas no son del original).

¿La jurisprudencia nacional ha venido aplicando diferentes teorías o regímenes de responsabilidad elaborados por la doctrina, buscando siempre salvaguardar un principio que parece esencial hoy por hoy a todo estado de derecho; el de la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, una de cuyas manifestaciones es la igualdad ante las cargas públicas, y que está directamente enderezado al restablecimiento de la equidad allí donde ésta fuere vulnerada". (Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, enero, febrero y marzo, págs. 427 y 248; publicaciones Caja Agraria).

¿Posteriormente, en sentencia de agosto 22 de 1989, la Sala reiteró lo consignado en decisión que se acaba de transcribir parcialmente (Extractos de Jurisprudencia, Tomo V, julio, agosto y septiembre de 1989, págs. 282 y 284; publicaciones Caja Agraria). Más recientemente, en sentencia de junio 27 de 1991 (Expediente N° 6454. Actor: *Edgar Pérez Rodríguez* y otra; Consejero Ponente: doctor *Julio César Uribe Acosta*) y sentencia de 4 julio de 1991 (Expediente N°. 6014; Actor: *Aníbal Orozco Cifuentes*; Consejero Ponente: doctor *Daniel Suárez Hernández*), igualmente se le dio recepción a la teoría en comento, las que en gracia a la brevedad de este fallo no es del caso transcribir. (Sentencia de 19 de julio de 1991, Actor: *Sociedad Phidia Investment Ansalt*, expediente N° 6334, Consejero Ponente: doctor *Daniel Suárez Hernández*)".

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recaer sólo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Al suscrito, según se ha analizado a través de este escrito, no le cabe la menor duda sobre que en el caso examinado se cumplen los requisitos anteriormente relacionados. En efecto: fue legítima la actividad del Constituyente y con ella se lesionaron derechos del demandante, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño grave y especial a un grupo restringido de personas - los congresistas - , presentándose, además un nexo de causalidad entre la actividad lícita estatal y el daño inferido, sin que haya lugar a encasillar el *sub judice* dentro de otro régimen diferente de responsabilidad. Los anteriores requisitos los encuentra la Sala suficientes para estructurar y declarar en este caso la responsabilidad patrimonial del ente demandado.

Para concluir, acudo al siguiente concepto, cuya aplicación en el *sub judice*, desde el punto de vista jurídico - doctrinario resulta especialmente adecuado y de plena validez para el caso que es objeto de análisis. Así se expresa el ilustre profesor Miguel S. Marienhoff:

"En un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar - es decir, privar sin indemnización - a parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó. La Comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás es de suponer que toda reforma constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agravar elementales principios de ética jurídica, valor, éste inapreciable en la estructura de un Estado, dado el apoyo que, a través de la garantía de seguridad, implica como factor estimulante para asegurar el trabajo honesto y el progreso, lo que indiscutiblemente integra los fines del Estado. Resolver o pretender lo contrario implica un agravio a la civilización, cuyos adelantos requieren el respeto a principios inmanentes de cultura que tanto han contribuido al bienestar de la humanidad, bienestar que se traduce en la variedad de bienes (materiales, científicos, morales) que es posible esperar de una situación de paz moral para el desarrollo de las actividades y ejercicio de los derechos" (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV).

Corolario obligado de la anterior conclusión, esto es, de la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, es el reconocimiento indemnizatorio que se impone en beneficio del señor *Feisal Mustafá Barbosa* o de la persona o personas que sus derechos representen. Se hace la anterior manifestación en razón a que la Sala está enterada del fallecimiento del actor, sucedido el 11 de septiembre de 1993, conforme a la documental que en tal sentido fue a última hora arribada al expediente.

Ahora bien, se debieron liquidar únicamente perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, mas no por daño emergente, por cuanto este último no se demostró. Para liquidar el lucro cesante, tomará en cuenta la Sala el valor de los ingresos que percibía el actor al momento de producirse el daño, o sea, el 30 de noviembre de 1991, cuando dejó de percibir su remuneración como Congresista, fecha para la cual, si se lo hubiera indemnizado, el monto de sus emolumentos mensuales correspondía a la cantidad de \$714.667.80, único ingreso que aparece demostrado en el expediente. El período indemnizatorio comprenderá desde el 1º de diciembre de 1991 hasta el 11 de septiembre de 1993, fecha en que por causa de su deceso, no hubiera podido continuar percibiendo la remuneración correspondiente. Para hacer la liquidación, previamente se debieron actualizar los valores respectivos con base en los índices de precios al consumidor vigentes en el mes de noviembre de 1991 (208.79), que es el índice inicial, y en el mes de septiembre de 1993 (313.75), que corresponde al índice final, según información suministrada por el DANE. Dado entonces que la fecha límite de la indemnización es anterior a la de esta sentencia, únicamente se liquidará el período debido o consolidado, que corresponde a 1 año, 9 meses, 10 días, o, 21.3 meses.

Daniel Suárez Hernández.

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).

NOTA DE RELATORIA: Reiteración del 18 de octubre de 1990. Exp. 5396; Actor: Felipe Garrido Sardi, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta, sobre la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes; de la sentencia del 2 de febrero de 1995, Exp. 9273, Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández para refutar la tesis de la responsabilidad del Estado cuando su función implica el ejercicio de su soberanía; de la sentencia de 9 de febrero de 1995, exp. 9550, Actor: Luis Carlos Castellanos Ruiz, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta sobre la responsabilidad patrimonial de la administración.

NOTA DE RELATORIA. Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 13 de septiembre de 1991; Exp. 6453; Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández. Actor: Tomás Badillo de Angel y otros.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito señalar brevemente las razones por las cuales me separé de lo resuelto en este asunto, a saber:

1. Compartí en lo sustancial la ponencia que le fue negada al honorable Consejero Daniel Suárez Hernández, por lo cual coadyuvo los argumentos que están expuestos en ese enjundioso proyecto.
2. Considero que a las puertas del siglo XXI y con los rumbos que ha tomado el derecho público moderno resulta inexplicable una tesis a través de la cual se pretenda entronizar la "irresponsabilidad" estatal por virtud de los actos del poder constituyente, para deducir además que la Rama Judicial por ser un poder constituido, no tiene competencia para enjuiciar los actos de aquél.
3. Antes bien, participo de la concepción según la cual el Estado debe responder siempre que irroque un perjuicio, como me parece que ocurrió con los Congresistas elegidos legalmente en 1990, revocados por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Por tanto, revocada la decisión de primer grado, a mi juicio ha debido accederse a las pretensiones de la demanda.

Con todo comedimiento.

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido comedimiento expreso mi disentimiento con la sentencia que por mayoría acogió la Sala en el proceso de la referencia, por cuanto no siendo discutible la decisión de la Asamblea Constituyente que dio por terminado el período de los congresistas elegidos en 1990, tampoco cabe duda que esa medida causó perjuicios de orden económico a los Senadores y Representantes a la Cámara cuyas funciones fueron concluidas por anticipado, no obstante el título legítimo alcanzado en las urnas para ejercerlas por el período 1990 - 1994. Ese perjuicio debe indemnizarlo la Nación, a cuyo nombre actuó la Constituyente.

Además, como compartí en su integridad el proyecto de fallo elaborado para este proceso por el honorable Consejero doctor *Daniel Suárez Hernández*, me acojo a los términos de su salvamento de voto.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre 18 de 1995.

Amado Gutiérrez Velásquez.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 22:50:23