

La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia

MARCELA CIFUENTES SANTANDER¹

RESUMEN

El derecho de la responsabilidad del Estado es puesto a prueba con el reconocimiento de daños originados por la aplicación de una ley inconstitucional, no habiendo consenso entre jueces y doctrinantes acerca sus fundamentos. El análisis comparativo de los ordenamientos colombiano y francés permitió identificar la falla del servicio como fundamento de la responsabilidad estatal por el hecho de leyes inconstitucionales; institución que sin embargo no parece encuadrar en el régimen subjetivo tradicional de responsabilidad. Puesto que el

1 Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, con especialización en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Especialización en Derecho Administrativo y maestría en Derecho Público de la Universidad París 2, Panthéon-Assas, París, Francia. Funcionaria del Consejo de Estado, Bogotá, Colombia. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8231-0947>. Correo-e: marcelacs89@gmail.com. Fecha de recepción: 15 de agosto de 2019. Fecha de modificación: 15 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2019. Para citar el artículo: CIFUENTES SANTANDER, MARCELA, "La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2020, pp. 329-358. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n23.12>

actuar del legislador debe estar desprovisto de todo juzgamiento, nos encontramos con un régimen *sui generis* que se encuadra en el concepto de falla objetiva.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, soberanía de la ley, leyes inconstitucionales, derecho comparado, responsabilidad objetiva.

State's Liability for the Fact of Unconstitutional Laws: Comparative Analysis of the Colombian and French Cases

ABSTRACT

The State's liability regime is tested by the recognition of damages caused by the implementation of an unconstitutional law, a question that divides justices and legal scholars on the fundamentals of these damages. A comparative analysis of the Colombian and French experiences allows us to identify the concept of "service failure" as basis of the State's liability for the fact of an unconstitutional act of Congress. However, this concept does not seem to match a traditional fault-based liability regime. Since congressional activity must be devoid of any judgement, a *sui generis* regime of strict liability is found.

Keywords: State's Liability, Sovereignty of Law, Unconstitutional Laws, Comparative Law, Strict Liability.

INTRODUCCIÓN

Entre los diferentes casos relacionados con la responsabilidad del poder público, aquel que proviene de las leyes inconstitucionales es difícil situarlo en un régimen jurídico que responda a su carácter particular. Tampoco es sencillo encontrar el fundamento mismo al reconocimiento de una indemnización proveniente de los daños causados por dichas leyes. En estos casos, es necesario preguntarse si es posible aplicar un régimen objetivo, subjetivo o, incluso, si es posible contemplar un nuevo régimen de responsabilidad, que facilite la adaptación de las circunstancias del caso a las condiciones de los regímenes clásicos de responsabilidad. A través de un análisis comparativo de la jurisprudencia y doctrina colombiana y francesa se busca arrojar una respuesta a este interrogante.

En el derecho colombiano existe una cierta evolución jurisprudencial sobre el tema, mientras que en Francia este aparece como una verdadera novedad. Prueba de ello es que el Consejo de Estado francés no ha rendido siquiera su primera decisión a propósito de la responsabilidad del poder público con ocasión de leyes inconstitucionales, mientras que el Consejo de Estado colombiano, aunque con decisiones divergentes, ya se ha pronunciado en varias ocasiones.

Comprender la lógica de la responsabilidad bajo estudio no es posible si no se examina en primera medida la responsabilidad por el hecho de las leyes. En 1838, el Consejo de Estado francés, a través de la sentencia *Duchâtellier*², analizó la responsabilidad del Estado legislador, en donde estableció que el principio no era aquel de la responsabilidad, sino el de la irresponsabilidad. Consideró en ese entonces que, si hay silencio por parte de la ley en cuanto a indemnización en caso de generar perjuicios a sus destinatarios, no era posible reconocerla por parte de esa corporación. Solo podía haber una responsabilidad si el legislador había hecho acto de voluntad en ese sentido.

Un siglo después, la alta jurisdicción de lo contencioso administrativo estableció que el silencio del legislador debía interpretarse como no prohibitivo de la atribución de la responsabilidad al Estado, en su famosa decisión *La Fleurette* de 1938³. Es posible considerar que con esta decisión nació el principio de la responsabilidad del legislador. Sin admitir ningún error proveniente del legislador, el Consejo de Estado va a entender que el régimen a aplicar debe ser diferente a aquel de la responsabilidad por falla, toda vez que acepta que una ley puede provocar perjuicios particulares a ciertos ciudadanos y que, aunque el legislador nada dijo sobre el derecho a recibir una indemnización, se considera que el daño debe ser compensado.

De esta manera, el juez francés encontró pertinente aplicar para estos casos el régimen de responsabilidad objetivo por ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, establecido en la sentencia *Couitéas* de 1923⁴. Luego, con las decisiones *Association pour le Développement de L'aquaculture en Région Centre* de 2003⁵ y *Société Coopérative Agricole Ax'ion* de 2005⁶, se decantaría la postura de que el fundamento de este tipo de responsabilidad debía estar en la existencia de los perjuicios anormales y especiales que la ley provoca a nombre del interés general, que había introducido la decisión *La Fleurette*⁷.

Comparativamente, en el derecho colombiano la primera decisión concerniente a la responsabilidad del Estado legislador aparece en 1990⁸. Con base en la jurisprudencia y la doctrina francesas (en el fallo *La Fleurette* y en autores como Jean Rivero y Georges Vedel), el Consejo de Estado reconoció la responsabilidad del legislador bajo el régimen de la ruptura de igualdad frente a las cargas públicas⁹. La particularidad consistió en que la declaración

2 CE, 11 de enero de 1838, *Duchâtellier*: Lebon, p. 7.

3 CE, Ass., 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"*: Lebon, p. 25.

4 CE, 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*: Lebon, p. 789.

5 CE, Sect., 30 de julio de 2003, *Association pour le Développement de L'aquaculture en Région Centre*: Lebon, p. 367.

6 CE, 2 de noviembre de 2005, *Société Coopérative Agricole Ax'ion*: Lebon p. 468.

7 CE, 2 de noviembre de 2005, *Société Coopérative Agricole Ax'ion*: Lebon 468, concl. M. Guyomar.

8 Consejo de Estado, 18 de octubre de 1990, rad. 5396.

9 *Ibíd.*

de la responsabilidad tendría lugar solamente si el legislador lo autorizaba en la propia ley. La respuesta del juez administrativo colombiano aparece como una combinación o algo intermedio entre la decisión *Duchâtellier* y la decisión *La Fleurette*, puesto que la voluntad del legislador aquí tiene un impacto directo sobre la decisión. Sin embargo, fue necesario esperar hasta 1998 para que el Estado legislador colombiano fuera condenado por primera vez por el hecho de la promulgación de una ley, bajo el fundamento de la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas¹⁰. En esta ocasión, no hay un debate sobre la voluntad del legislador, sino que la discusión se centró exclusivamente en el perjuicio anormal y específico que caracteriza el régimen objetivo mencionado, donde se encuentra la antijuridicidad del daño.

Pues bien, al examinar las decisiones más remarcables sobre la responsabilidad por el hecho de las leyes en los dos ordenamientos jurídicos aquí estudiados, es posible constatar que estas evoluciones jurisprudenciales han construido un régimen de responsabilidad estable fundado en la objetividad, el cual constituye la ruptura de igualdad frente a las cargas públicas; y en donde la falla no es concebible, cuando se trata de leyes no confrontadas a normas superiores. No obstante, el fundamento jurídico cambia completamente cuando se está frente a leyes inconstitucionales (o inconventionales), situación que hace pensar en la posibilidad de un régimen distinto. En efecto, con las decisiones *Francoovich* de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en 1991^[11], *Tobacco* en 1992^[12], *Gardedieu* en 2007^[13] y *SEPR* en 2014^[14] del Consejo de Estado francés, se hizo evidente la necesidad de un cambio de régimen cuando se está frente a leyes que contradicen normas que les son superiores.

Hasta la decisión *Tobacco*, el Consejo de Estado en Francia reconocía la responsabilidad por el hecho de una ley inconventional solamente por la intervención del acto administrativo que aplica una disposición de rango legal que es contraria a una convención internacional. Pero con el pleito *Gardedieu* fue posible endilgar la responsabilidad del Estado por el hecho de una ley inconventional sin un acto de aplicación. A pesar de que el Consejo de Estado permite entender que no se trata de una responsabilidad fundada en el régimen de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, tampoco acepta directamente la existencia de una falla del legislador.

En este sentido, a través de la decisión *SEPR*, el Consejo de Estado precisó que la violación por la ley de los principios generales de derecho de la Unión Europea, así como la violación de una disposición de tratados, es susceptible

10 Consejo de Estado, 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001.

11 CJCE, 9 de noviembre de 1991, *Francoovich*, rad. C-479/93.

12 CE, Ass., 28 de febrero de 1992. *Sté Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*: Lebon, p. 78.

13 CE, Ass, 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*: Lebon p. 78.

14 CE, 23 de julio de 2014, *Société D'éditions et de Protection Route (SEPR)*, n.º 354365: Lebon.

de comprometer la responsabilidad del Estado. Esta jurisprudencia, aunque no trata de casos de leyes inconstitucionales, sino inconventionales, conlleva a conclusiones importantes en la materia, por el hecho de existir una contradicción de las leyes nacionales con normas superiores.

De su lado, el Consejo de Estado colombiano estudió por primera vez en 2002^[15] la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales, en aquellos casos en los que la decisión del juez constitucional tiene efectos hacia el futuro. Esta postura fue reafirmada el año siguiente, cuando el juez administrativo señaló que los perjuicios provenientes de una ley declarada inconstitucional después de su aplicación no constituyen daños antijurídicos, puesto que los efectos de la ley se aplicaron como consecuencia del carácter obligatorio de esta cuando estaba en vigor¹⁶.

Ahora bien, diez años más tarde, el alto tribunal realizó un cambio jurisprudencial. En una sentencia de 24 de abril de 2013 reconoció la responsabilidad del legislador por el hecho de las leyes declaradas inconstitucionales, bajo el fundamento de la falla. En esta ocasión, precisó que, aunque los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional son, en principio, hacia el futuro, ello no impide al juez administrativo ordenar la reparación de los perjuicios provocados con la expedición de una norma desde su promulgación¹⁷. El Consejo de Estado colombiano confirmó esta jurisprudencia un año más tarde, pues consideró que los daños causados en caso de normas inconstitucionales todavía en vigor eran antijurídicos, dado que no se puede considerar que los efectos hacia el futuro de la decisión de inconstitucionalidad tuvieran la capacidad de corregir las situaciones particulares que se concretaron con la aplicación de una ley declarada inconstitucional¹⁸.

En igual sentido, a través de una decisión muy controversial de 26 de marzo de 2014, el Consejo de Estado quiso justificar la necesidad de declarar la responsabilidad del Estado legislador por el hecho de las leyes inconstitucionales, bajo el fundamento de la falla del servicio, pues consideró que el hecho dañoso había nacido al mismo tiempo que la norma creada contraria la Constitución, incluso en el evento en que esta circunstancia fuera constatada después de su aplicación. En la especie, señaló que la promulgación de una ley que transgrede el principio de la supremacía constitucional constituye *per se* una falla del servicio público que provoca un daño antijurídico, toda vez que los ciudadanos esperan que el legislador promulgue leyes constitucionales, apoyados en el principio de la confianza legítima¹⁹.

15 Consejo de Estado, 26 de septiembre de 2002, rad. 20954.

16 Consejo de Estado, 12 de junio de 2003, rad. 25000-23-27-000-2002-00014-01(AG).

17 Consejo de Estado, 24 de abril de 2013, rads. 28221 y 27720.

18 Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, rad. 26689.

19 Consejo de Estado, 26 de marzo de 2014, rad. 28741.

Ahora bien, contra esta decisión el Congreso de la República interpuso acción de tutela por considerar que se había violado su derecho fundamental al debido proceso, y la Sección Cuarta del Consejo de Estado colombiano, actuando como juez de tutela, le dio la razón. Por consiguiente, dejó sin efectos la mencionada sentencia y ordenó una sustitutiva. Al respecto, manifestó que no era concebible que la norma pudiera nacer a la vida jurídica con vicios de inconstitucionalidad, pues esta debe ser presumida constitucional hasta que la Corte Constitucional no declare su inconstitucionalidad²⁰. Esta última decisión sería luego confirmada por la Sección Quinta, en su calidad de juez de tutela en segunda instancia, quien consideró que la antijuridicidad del daño no estaba probada por cuanto la declaración de inconstitucionalidad –en sí misma– no provoca un daño antijurídico. Además, expuso que tampoco estaba probada la imputabilidad del legislador, puesto que en la decisión objeto de debate el juez administrativo no efectuó un verdadero análisis de si el perjuicio era imputable al Congreso de la República, sino que fue deducido automáticamente de la declaratoria de inconstitucionalidad, de manera que no se encontraban probados los dos elementos de la responsabilidad²¹. Conforme al mandato del juez de tutela, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió la decisión sustitutiva del 31 de octubre de 2016, en la que afirmó que el actor debió haberse dirigido a la Administración y, en caso de respuesta negativa, acudir ante el juez administrativo, pero a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la de reparación directa²². Conviene mencionar que en el mismo año en que fue tomada la decisión objeto de acción de tutela, es decir en 2014, el Consejo de Estado colombiano se pronunció en sentido contrario, toda vez que consideró que no era posible atribuir la responsabilidad del Estado cuando la Corte Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley sin efectos hacia el pasado, dado que los efectos de la ley serán válidos hasta el momento de la decisión de inconstitucionalidad²³.

Dadas las evidentes contradicciones entre las sentencias del Consejo de Estado colombiano, este decidió en pleno proferir una sentencia de unificación el 13 de marzo de 2018²⁴. Esta vez, sin reconocer una falla del servicio, juzgó que cuando la decisión de la Corte Constitucional tenga efectos *ex nunc*, el daño que fuera derivado de esta no sería antijurídico, toda vez que la norma estaba entonces en vigor cuando se aplicó. Es la posición que el Consejo de Estado había inicialmente adoptado en el año 2002, por lo que deja a un lado la tesis según la cual la ley declarada inconstitucional nació viciada de inconstitucionalidad.

20 Consejo de Estado, 7 de abril de 2016, rad. 11001-03-15-000-2014-02171-00.

21 Consejo de Estado, 25 de agosto de 2016, rad. 11001-03-15-000-2014-02171-01.

22 Consejo de Estado, 31 de octubre de 2018, rad. 28741.

23 Consejo de Estado, 20 de octubre de 2014, rad. 29355.

24 Consejo de Estado, 13 de marzo de 2018, rad. 28769. En similar sentido, Consejo de Estado, 21 de marzo de 2018, rad. 29352.

En su fallo, el Consejo de Estado adujo que independientemente de que la decisión de inconstitucionalidad pueda contener una falla del servicio, lo que es determinante en materia de responsabilidad no es la acción de la autoridad pública causante del daño, sino la antijuridicidad de este último. Esta es la actual postura del alto tribunal en Colombia.

Regresando al caso francés, el Consejo de Estado hasta ahora no se ha pronunciado sobre la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de París tuvo la oportunidad de hacerlo en 2017. En la decisión *Société Paris Clichy*²⁵, y basado en la jurisprudencia *Gardedieu*, el Tribunal admitió el principio de la responsabilidad del Estado por el hecho de una ley inconstitucional. Según las conclusiones del relator François Doré²⁶, se trata de una responsabilidad *sui generis*, puesto que los demandantes no deben justificar un perjuicio anormal y especial, como ocurre en materia de responsabilidad objetiva, al tiempo que el juez administrativo no está obligado a reconocer la existencia de una falla del legislador. Se trata de aplicar el principio según el cual todo desconocimiento de una norma superior es constitutivo de una falla de naturaleza a comprometer la responsabilidad. No obstante, en el texto de la decisión no aparece ninguna referencia a la falla, de modo que es la existencia de un nexo de causalidad suficientemente directo entre la intervención de la ley y el perjuicio causado la única condición para que la responsabilidad del Estado pueda ser comprometida. Con todo, es necesario precisar que la decisión de remitir la cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*, en adelante QPC) por parte del Consejo de Estado sobre el caso *Courtiers Maritimes*, resuelto por el Consejo Constitucional en 2011, permitiría entrever un primer paso en derecho francés hacia la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes declaradas inconstitucionales. Según las conclusiones del relator público, con esa decisión, el Consejo de Estado sugiere implícitamente que una acción de responsabilidad contra el Estado puede fundarse en la invocación de la inconstitucionalidad de la ley²⁷. Como se deja expuesto, la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales tiende a hacer debate en las jurisdicciones de lo contencioso administrativo estudiadas. Por tal razón, las preguntas que surgen son las siguientes: ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad del Estado por la aplicación de una ley que es declarada inconstitucional?, y ¿existe un régimen jurídico de responsabilidad que se pueda aplicar a este caso, de cara al cuestionado reconocimiento de la falla del legislador?

Este trabajo de investigación busca demostrar que, si bien la declaratoria de responsabilidad del Estado legislador es influenciada por los efectos

25 TA de París, 7 de febrero de 2017, *Société Paris Clichy*, n.º 1505725/3-1.

26 TA de París, 7 de febrero de 2017, *Société Paris Clichy*, n.º 1505725/3-1, concl. M. François Doré.

27 CE, 17 de diciembre de 2010, req. n.º 343752, concl. M. Guyomar.

temporales de la decisión del juez constitucional, la falla del servicio debe ser reconocida. Ahora bien, este reconocimiento debe hacerse bajo un régimen de responsabilidad particular, pues admitir que la ley ya no es soberana desde el momento en que se admitió el control de constitucionalidad de las leyes, hace que sea posible contemplar una falla proveniente de su desconocimiento. De esta manera parece ser necesario abandonar el régimen objetivo de responsabilidad aplicado hasta ahora a la responsabilidad por el hecho de las leyes (1), pero se debe entender que la imposibilidad de apreciar la acción del legislador impide aceptar un régimen puramente subjetivo, lo que exige el nacimiento de un régimen de responsabilidad *sui generis* que conciba una falla objetiva (2).

1. EL ABANDONO DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Una vez entendido que el régimen objetivo –fundado en la ruptura de igualdad frente a las cargas públicas– ha sido aplicado a la responsabilidad por el hecho de las leyes, pero cuando estas no han violado las normas superiores, es necesario aceptar que, frente a una situación jurídica distinta, como es el caso de perjuicios derivados de la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales, el régimen de responsabilidad a aplicar debe ser imperativamente distinto. Para ello es pertinente explicar la importancia que ha tenido cuestionar la primacía de la ley (1.1.) y que la declaratoria de inconstitucionalidad la vuelve ilícita, lo cual permite contemplar un régimen de responsabilidad por falla (1.2.).

1.1. EL DECISIVO CUESTIONAMIENTO A LA PRIMACÍA DE LA LEY

Antes del control de constitucionalidad²⁸ y, en general, de la aparición de los nuevos sistemas de supremacía de la Constitución, así como del reconocimiento de una prevalencia de los tratados internacionales sobre las normas que les son incompatibles²⁹, la ley era considerada soberana.

Para René Chapus era una realidad el carácter incuestionable de la ley, pues era imposible obtener de cualquier institución, que no fuera el mismo Parlamento, su abrogación o anulación, lo cual mostraba el poder que esta tenía y su carácter incontestable una vez promulgada³⁰. No obstante, hoy en día la ley puede ser cuestionada y, con ello, la atribución de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes declaradas contrarias a la Constitución es concebible, desde un régimen distinto. Para entender este cuestionamiento,

28 Hoy, artículo 241 de la Constitución colombiana y artículos 61 y 61-1 de la Constitución francesa.

29 Hoy, artículo 55 de la Constitución francesa (véase CE, 20 de octubre de 1989, *Nicolo*: Rec. Lebon, p. 190) y artículo 93 de la Constitución colombiana.

30 RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15.ª ed., París: LGDJ, 2001, pp. 74 y ss.

es importante tener en cuenta el paso del "gobierno de las leyes" a la llegada del control jurisdiccional y los fundamentos de este último.

En efecto, la protección de las disposiciones constitucionales se ha convertido en el objetivo principal del poder público. El gobierno, el legislador y los jueces están obligados a respetar y a hacer respetar la Constitución. Pero su respeto no es solamente una consecuencia de su superioridad formal, sino material, en tanto protege los derechos fundamentales, por lo que la sumisión de la ley a la Constitución era necesaria. Un control jurisdiccional de la ley llegó entonces para combatir un gobierno de las leyes existente desde hace siglos.

La afirmación de la soberanía de la ley es considerada como uno de los postulados clásicos basado en el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau, bajo el cual ella es la regla común por emanar del pueblo y es imposible su limitación material, así como su control, a nombre de la separación de los poderes legislativo y judicial³¹. Bajo la antigua teoría del imperio del legislador, pretender un análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes era inconcebible. Édouard Lafferrière afirmó en este sentido que la responsabilidad del Estado es más limitada en la medida en que su función es más elevada, de modo que este está exento de toda responsabilidad cuando su función se relaciona con el ejercicio de la soberanía³². Del mismo modo, Georges Teissier expuso que, aunque sea reconocido a los ciudadanos el derecho a indemnización en hipótesis cada vez más numerosas, se conserva "la regla de la irresponsabilidad en razón de los daños imputables a los actos de soberanía"³³. Después de haber estudiado los daños causados por el poder público en el ejercicio de su función legislativa, el autor consideró que, al ser ilimitado el poder del Parlamento, las leyes promulgadas no son susceptibles de recurso alguno³⁴.

El principio de la irresponsabilidad comenzó a cuestionarse cuando el carácter soberano que comprende toda decisión proveniente del Parlamento cedió ante la llegada de la sumisión del legislador a la Constitución. Si la Constitución fundamenta y limita el poder del legislador, entonces se considera que las leyes están necesariamente subordinadas a las prescripciones constitucionales y el control de constitucionalidad resulta indispensable para hacer respetar la jerarquía de las normas³⁵. Como bien lo afirmó Carré de Malberg, los textos

31 JEAN-PIERRE CAMBY, *La loi*, Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2015, p. 25.

32 EDOUARD LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, 2.^a ed., París: Hachette Livres, 1896, p. 680.

33 GEORGES TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, París: Éditions La Mémoire du Droit - Collection de la Faculté Jean-Monnet - Institut d'études de droit public Université Paris-Sud II, 2009, p. 14.

34 *Ibíd.*

35 JEAN-PIERRE CAMBY, *óp. cit.*, p. 30.

que adopta el legislador no están más al amparo de toda censura, por lo que la soberanía del legislador es hoy figura de mito³⁶.

A partir del momento en que se reconoce la supremacía de la Constitución, la ley no es más soberana y ella deberá por tanto someterse. En Colombia, esta supremacía está prevista en el artículo 4 de la Constitución y, en Francia, si bien no existe una disposición en la carta superior que lo diga expresamente, se puede deducir el reconocimiento de esta supremacía de los artículos 61 y 61-1 que tratan sobre el control de constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, el cuestionamiento de la soberanía de la ley por vía del control de constitucionalidad tiene fundamentos particulares. Para la doctrina, el primer argumento tiene que ver con el hecho de que la ley es votada por el Parlamento y que no existe una adecuación cierta entre la voluntad general y la de los representantes, mientras que el segundo consiste en que el valor de ciertos derechos es tan fundamental que, si el legislador no logra alinearlos o atenta contra ellos, puede generar una potencial colusión entre su actividad y la defensa de los derechos fundamentales³⁷. Dado que la identidad entre la voluntad del legislador y la voluntad general se muestra cada vez menos evidente, se justifica el control de la ley. De este modo, el decano León Duguit sostenía que "la ley no es más que la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen, los jefes de Estado o los miembros del Parlamento"³⁸. Todo el resto, para él, no es más que ficción³⁹. En consonancia con ello, Camby considera que "una institución no hace nacer una voluntad distinta de aquellos que la componen, es decir, de los elegidos y no del pueblo"⁴⁰. En el mismo sentido, Carré de Malberg⁴¹ sostuvo desde 1931 que es imperativo abandonar la identificación de la ley con la voluntad general, por lo que no existe más razón para entabrar un control jurisdiccional sobre las leyes. Estos autores enseñan que la inadecuación entre la voluntad general y aquella de los representantes debe superarse con la sumisión de la ley a la Constitución, en donde el control de constitucionalidad es la única vía para hacerlo.

Aunada a dicha inadecuación, se encuentra el segundo argumento de la necesidad del control de las leyes, el cual consiste en la incapacidad del legislador para alinearse con la defensa concreta de los derechos fundamentales. Si la ley no asegura la protección de los derechos reconocidos por la

36 RENÉ CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, París: Economica, 1984, p. 228.

37 JEAN-PIERRE CAMBY, *óp. cit.*, p. 36.

38 LÉON DUGUIT, *Les transformations du droit public*, París: A. Colin, 1913, p. 75, argumento confirmado posteriormente en LÉON DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, París: Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 98.

39 *Ibíd.*

40 JEAN-PIERRE CAMBY, *óp. cit.*, p. 37.

41 RENÉ CARRE DE MALBERG, *óp. cit.*, pp. 216 y 219.

Constitución, esta no puede seguir existiendo⁴². De acuerdo con Denis Baranger, "la emergencia del Estado legislativo es contemporáneo con la aparición de la sociedad moderna, secularizada, comerciante e individualista"⁴³. El gobierno legislativo de nuestras sociedades modernas duda todo el tiempo entre dos objetivos, que pueden ser contradictorios: la mejora del bienestar y la garantía de los derechos y, es del hecho de esta inestabilidad al momento de la confección de las leyes que pareció indispensable someter la ley a un juez constitucional capaz de censurarla⁴⁴.

1.2. LA LEY "ILÍCITA" COMO GENERADORA DE LA FALLA

La declaración de inconstitucionalidad de una ley, por ese solo hecho, constituye un error del Estado legislador. Sin embargo, se percibe una fuerte renuencia por parte de la doctrina y la jurisprudencia en Francia y en Colombia para reconocer su yerro. Del hecho mismo de la antigua soberanía de la ley evocada, aceptar que el legislador se equivocó en su función principal de creación de las leyes, para deducir una responsabilidad por falla del Estado, no es una cuestión fácil. Bertrad Seiller señala precisamente que la tradición francesa es hostil a la idea que una ley pueda ser causante de una falla, por lo que a pesar de que el respeto de la ley por las normas superiores sea algo sólidamente aceptado hoy, el juez administrativo duda aún en reconocer abiertamente que el legislador haya cometido una falta susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado⁴⁵. Se puede decir que la renuencia a aceptar la falta en la actividad del legislador está más arraigada en Francia que en Colombia, por la llegada reciente del control *a posteriori* de constitucionalidad de la ley con la QPC.

El control de constitucionalidad de la ley *a posteriori* fue introducido en Francia en 2008, con la reforma constitucional del 23 de julio, pero no entró en vigor sino hasta el 1.º de marzo de 2010. La QPC se encuentra en el artículo 61-1 de la Constitución. En Colombia, el control de constitucionalidad una vez promulgada la ley existe desde la reforma constitucional de 1910^[46]. Hoy, en el artículo 241 de la Constitución se encuentran las disposiciones que autorizan a los ciudadanos a atacar las normas que estimen contrarias a la Constitución, derecho que es conocido bajo el nombre de *acción de inconstitucionalidad*.

42 JEAN-PIERRE CAMBY, óp. cit., p. 51.

43 DENIS BARANGER, *Penser la loi: essai sur le législateur des temps modernes*. París: Gallimard, 2018, pp. 96, 101, 102 y 306.

44 Ibíd. Este hecho explica cómo las jurisdicciones constitucionales se convirtieron en un fenómeno casi universal en los países occidentales, puesto que la ley "tendía a pasar por alto muy a menudo la garantía de los derechos".

45 BERTRAND SEILLER, *Droit administratif*, t. 2, 6.ª ed., París: Flammarion, 2015, pp. 316-319; lo que considera, sin embargo, que deberá pasar algún día.

46 Acto Legislativo n.º 3, a través del cual se modificó la Constitución de 1886.

Los dos controles se asemejan, entre otras cosas, en que buscan proteger las disposiciones constitucionales del arbitrio del legislador, de manera que, si el juez constitucional declara que la disposición legislativa demandada es conforme a la Constitución, esta disposición conserva su lugar en el ordenamiento jurídico interno, pero si es declarada contraria, desaparece. No obstante, el alcance de la acción colombiana se muestra más amplio. De un lado, la QPC francesa no permite al ciudadano acudir al Consejo Constitucional de manera directa, ni en ausencia de instancia en curso, lo que por el contrario sí permite la acción de inconstitucionalidad colombiana. De otro lado, la acción francesa permite la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa solamente cuando contradice los derechos y libertades que la Constitución garantiza, mientras que la colombiana contempla una posible contrariedad a cualquier disposición constitucional. Pero es sobre todo la fecha de sus apariciones la que llama más la atención en este caso, puesto que ello podría explicar por qué la renuencia a aceptar la falla ha sido más acentuada en Francia que en Colombia. Con una diferencia de un siglo, la inexistente jurisprudencia del Consejo de Estado francés es muestra del desfase.

Como se vio, dicha institución no ha tenido todavía la oportunidad de estudiar la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales, circunstancia que es excusable dado que antes de la QPC era imposible cuestionar la conformidad de una ley con la Constitución, después de su promulgación. No obstante, no se puede perder de vista que la jurisprudencia *Gardedieu* reconoció la responsabilidad del Estado por desconocimiento de los compromisos internacionales de Francia (sin aceptar la falla) y que el Tribunal Administrativo de París se pronunció en 2017 sobre la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales (sin hacer referencia a la falla), los que constituyen precedentes importantes. Por el contrario, el Consejo de Estado colombiano ha estudiado la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales desde 2002, aunque la aceptación de la falla proveniente del legislador solo se dio hasta 2014. Ahora bien, como se dejó expuesto previamente, si bien en Colombia hay decisiones que han reconocido la falla del legislador, también ha habido decisiones contrarias al interior del Consejo de Estado, lo cual provocó la necesidad de proferir una decisión de unificación en el año 2018, pero en virtud de la cual se volvió a la lógica de 2002 y nada se dijo respecto de la falla. De suerte que, incluso si la experiencia colombiana podría parecer mayor que la francesa, la dificultad de aceptar la falla perdura.

Los silencios de los jueces frente a la falla del legislador no pueden mostrar otra cosa que su renuencia a aceptarla, aunque haya una intención implícita. Ello demuestra que el postulado de la soberanía del legislador podrá sobrevivir mientras no se acepte directamente que el Estado legislador puede equivocarse. Esta renuencia, empero, no se explica solamente por la dificultad de cambiar de mentalidad sobre la soberanía de la ley a través de los controles de

constitucionalidad *a posteriori*, sino también por el temor al juzgamiento de la ley por parte del juez administrativo. Con una simple mirada de las cosas, se podría asegurar que el hecho de aceptar una falla proveniente del Estado legislador para declarar su responsabilidad implicaría que el juez administrativo se estaría otorgando el derecho de juzgar la ley. Pero no es el caso.

En primer lugar, es necesario comprender que la decisión de inconstitucionalidad está exclusivamente bajo la autoridad del juez constitucional. El juez administrativo debe respetar dicha función y hacer exclusivamente un análisis de los perjuicios derivados de la aplicación de la ley declarada inconstitucional. Para Mathieu Disant, los temores de los jueces a ejercer un control sobre los actos del poder legislativo deben ser superados para lograr una profunda evolución del derecho público y de la democracia⁴⁷. Por su parte, el Consejo de Estado colombiano, en la decisión de 2014, señaló al exigir la reparación de los perjuicios que el juez no se inmiscuye en las competencias del legislador, puesto que con una decisión en ese sentido él no crea ni modifica una ley, sino que corrige una situación que el administrado no tenía la obligación de soportar, pues antes del fallo de inexecutable, la ley ha creado situaciones que no hubieran existido sin esta.

Ahora bien, una vez entendido el porqué de la renuencia a la falla, es preciso explicar la conveniencia de su reconocimiento. Para ello, es indispensable reconocer la falla como el incumplimiento de una obligación preexistente y entender que el desconocimiento de una disposición constitucional conlleva a la ilicitud de la ley. Para definir la falla existen dos corrientes: una proveniente de la doctrina privatista y la otra de la doctrina publicista. Con relación a la primera, es el profesor de derecho civil Marcel Planiol quien propone la definición de "todo incumplimiento a una obligación preexistente"⁴⁸, mientras que por la segunda se habla más bien del "disfuncionamiento del servicio público", que, en palabras del profesor de derecho público Paul Duez, se traduciría en "mala-administración"⁴⁹. A su vez, Benoît Delaunay completa esta formulación al sostener que la definición privatista es una noción, pero que el interés es de saber para qué sirve la falla. Él explica que cuando se habla del disfuncionamiento de la administración, la falla no se reduce solamente al derecho a la reparación del administrado, sino que, a la vez, tiene una función sancionadora y pedagógica, puesto que es un instrumento de regulación de la vida interna de una administración⁵⁰.

47 MATHIEU DISANT, *La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle*, París: RFDA, 2011, p. 1181.

48 MARCEL PLANIOL, "Étude sur la responsabilité civile", en *Revue critique de législation et de jurisprudence*, París: LGDJ, 1905, p. 287.

49 PAUL DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, París: Dalloz, 2012, p. 342.

50 BENOÎT DELAUNAY, *La faute de l'Administration*, París: LGDJ, 2007, p. 474.

En el marco de la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales, sería apropiado considerar que estas dos definiciones de falla no son excluyentes entre sí, sino que se complementan armoniosamente. La base sería el incumplimiento de una obligación preexistente que se traduce en desconocimiento de las normas jerárquicamente superiores a las leyes, que ocasiona un disfuncionamiento del servicio público legislativo, de manera que el juez administrativo no se pronunciará solamente para que se repare el daño a la víctima, sino que tendrá una función pedagógica para que el legislador no continúe expidiendo leyes que sean contrarias a la Constitución. Los profesores Louis Dubouis⁵¹, René Chapus⁵², Ghislaine Alberton⁵³ y Hafida Belrhali⁵⁴, cuando se trata de normas que desconocen disposiciones que les son superiores, abogan por una responsabilidad del Estado legislador por falla. En Colombia, el Consejo de Estado, en la ya citada decisión de 2014, se manifestó en el sentido en que ninguna persona está obligada a soportar las consecuencias nefastas de una norma que es promulgada contraria a la Constitución, puesto que ello comporta un atentado al principio de la supremacía de la Constitución, lo cual constituye en sí misma una falla del servicio que puede provocar un daño antijurídico. El autor colombiano Camilo Caballero que analiza la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario opina en el mismo sentido, al sostener que es procedente acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para buscar la reparación de los perjuicios causados "por el actual irregular del poder legislativo"⁵⁵. Dentro de esa lógica, es muy importante reconocer que el desconocimiento de las disposiciones constitucionales causa una ilicitud en la ley y, por ese hecho, el reconocimiento de la falla debería ser automático. Hay varios autores franceses que sostienen esta teoría. René Chapus explica que, si una decisión es ilegal, esta por sí misma contiene una falla⁵⁶. En el caso de las leyes inconstitucionales, aunque no se trata de una decisión, se podría aplicar la misma lógica. Si la ley es contraria al derecho, porque desconoce la Constitución, esta deviene ilícita *-lato sensu-* y, si se hace el mismo silogismo, implica falla.

En la misma línea de pensamiento, se ha propuesto "una responsabilidad del Estado por el hecho de la ilicitud de la ley", al considerar que cuando las leyes desconocen disposiciones convencionales o constitucionales, son ilícitas

51 Información tomada de CAMILLE BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, París: LGDJ, 2003, p. 454.

52 RENÉ CHAPUS, óp. cit., p. 1380.

53 GHISLAINE ALBERTON, "Le législateur peut-il rester irresponsable?", *AJDA*, n.º 24, 2014, p. 2351.

54 HAFIDA BELRHALI, *Responsabilité administrative*, París: LGDJ, 2017, p. 201.

55 CAMILO CARLOS CABALLERO CORTÉS, *La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario: Comentarios y defensa de la sentencia Goodyear vs. Congreso de la República*, tesis de maestría, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 15.

56 RENÉ CHAPUS, óp. cit., pp. 1295-1296.

y, por esa razón, el reconocimiento de la falla se hace imperativo⁵⁷. En igual sentido, se sostiene que una inconvencionalidad es una especie de ilegalidad, de manera que toda inconvencionalidad implica una falla, argumento que también resulta válido en materia de inconstitucionalidad⁵⁸. Para otros autores, "la falla resulta del no respeto de la jerarquía de las normas, lo cual implica la ilegalidad de la norma inferior y la responsabilidad concomitante de su autor"⁵⁹. Asimismo, se expone que el desconocimiento de la Constitución, que no es sino una forma paroxística de la ilegalidad, es constitutiva de falla, la cual se entiende como el acto ilícito⁶⁰. Bajo este enfoque, la adopción de una ley que desconoce las obligaciones generadas por un derecho fundamental constituiría la promulgación de una norma que contiene una falla⁶¹. De igual modo, el jurista Maurice Hauriou sostuvo que la ley inconstitucional debía ser considerada como una "falla jurídica" susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado legislador⁶².

Desde la jurisprudencia, el Consejo de Estado colombiano, en la relativamente reciente sentencia de unificación, precisó que independientemente de que la decisión de inconstitucionalidad pueda manifestar la existencia de una falla del servicio o no, a partir de la lógica de la Constitución de 1991, lo que determina la responsabilidad del Estado no es el comportamiento de la autoridad que ha provocado el daño sino su antijuridicidad y ello es definido por fuera de la consideración sobre la existencia de una falla del servicio⁶³. Esto es, sin duda alguna, la manera que utilizó para eludir el reconocimiento de esta última. Se propone entonces una solución distinta que podría ser aplicada en los sistemas jurídicos analizados, incluso con la diferencia existente entre las dos lógicas de responsabilidad del poder público, pues si bien en Francia no existe el concepto de antijuridicidad del daño aplicado en Colombia, la reflexión sobre la existencia de la falla del legislador es la misma, de suerte que, una vez verificada la inconstitucionalidad de una norma y el daño sufrido por la víctima derivado de esta declaración, es posible imputar la responsabilidad al legislador y condenarlo a la indemnización de los perjuicios correspondientes.

57 HAFIDA BELRHALI, *óp. cit.*, pp. 190 y 198.

58 OLIVIER DESAULNAY, "La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle ou l'inévitable 'pas de deux' du juge administratif et du Conseil constitutionnel", en *Long cours, mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, París: Dalloz, 2014, p. 808.

59 GHISLAINE ALBERTON, *óp. cit.*, pp. 2359.

60 MATHIEU DISANT, *La responsabilité de l'État...*, *óp. cit.*, p. 1181.

61 DIDIER RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, tesis, Université Aix-en-Provence, 2005, p. 361.

62 CE, 29 de abril de 1921, *Société Premier et Henry*, S. 1923, n.º 3, spéc. p. 41, note M. Hauriou, égal. note sous CE, 2 de enero de 1944, *Caucheteux et Desmonts*, RD publ. 1945. 369, G. Jèze.

63 Consejo de Estado, 13 de marzo de 2018, rad. 28769. En similar sentido, Consejo de Estado, 21 de marzo de 2018, rad. 29352.

2. EL NACIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD *SUI GENERIS*

No es posible aplicar el régimen objetivo de responsabilidad a los casos de perjuicios derivados de la aplicación de leyes que posteriormente son declaradas inconstitucionales, dado que el desconocimiento de las normas superiores provoca una ilicitud que conlleva a considerar que el legislador ha cometido una falla. Sin embargo, tampoco es posible aplicar el régimen subjetivo tradicional de responsabilidad, pues el reconocimiento de la falla normalmente implica un juzgamiento al comportamiento del poder público, cuando, en la responsabilidad del Estado legislador, su conducta no debe ser juzgada. Es necesario permanecer en la constatación del desconocimiento de las normas superiores, sin analizar ni cuestionar la función legislativa. Así, estamos frente a un caso en el cual se aplicaría al mismo tiempo, las características del régimen objetivo y del régimen subjetivo, lo cual jamás ha sido utilizado por los jueces administrativos franceses o colombianos, pero la doctrina los invita a hacerlo (2.1.). No obstante, el campo de aplicación de este nuevo régimen de responsabilidad del Estado se verá limitado por los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad (2.2.).

2.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LAS LEYES INCONSTITUCIONALES BAJO EL RÉGIMEN DE "FALLA OBJETIVA"

Al aceptar que el legislador puede cometer una falta, es posible caer en un juzgamiento de valor sobre su comportamiento. Sin embargo, como se trata de la responsabilidad del Estado legislador, no hay una acción del agente que importe. Es el Estado mismo, en sus funciones legislativas, que ha provocado perjuicios de naturaleza a comprometer su responsabilidad. Una falla racionalizada sería entonces la vía para comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales, de manera que se debe apartar de toda apreciación moral o subjetiva del legislador.

Los profesores Mathieu Disant⁶⁴, Olivier Desaulnay⁶⁵ y Ghilaine Alberton⁶⁶ convergen en la teoría según la cual la sola constatación de una violación de la Constitución es constitutiva de una falla, independientemente de todo juzgamiento de valor sobre el comportamiento del legislador, lo cual conlleva a la concepción objetiva de la falla, exenta de toda apreciación moral y de todo reproche al autor de la ley por haber actuado mal. Ello con el fin de proteger la acción legislativa.

64 MATHIEU DISANT, *La responsabilité de l'État du fait...*, óp. cit., p. 1181.

65 OLIVIER DESAULNAY, óp. cit., p. 810.

66 GHILAINE ALBERTON, óp. cit., p. 2352.

Puede parecer paradójico que se pueda reconocer una falla, pero al mismo tiempo no apreciar el comportamiento de quien la cometió. Sin embargo, es precisamente esta circunstancia la que muestra la necesidad de un nuevo régimen de responsabilidad. Sería inaceptable que el incumplimiento de una obligación preexistente, como aquella del desconocimiento de disposiciones constitucionales por las leyes, no sea calificada de falla, para evitar un juzgamiento de la acción del legislador. Por el contrario, el reconocimiento de la falta devendría un instrumento de regulación y de disciplina del servicio público legislativo para luchar contra los hechos que provocan una "mala-administración". Este reconocimiento, por parte del juez administrativo, serviría para reprimir el error del legislador y reprocharle su incumplimiento al deber de respeto de las normas superiores cuando legisla, pero sin acusar el comportamiento de los representantes ni el contenido de la norma.

Lo anterior, sin perder de vista que el objetivo principal de cualquier juicio de responsabilidad administrativa es aquel de la reparación de perjuicios, en aras de proteger los derechos de los ciudadanos afectados con la expedición de una norma inconstitucional. El fin en sí mismo no es proteger la Constitución —la cual debe ser protegida bajo cualquier circunstancia—, sino la protección del interés de las personas a quienes se les produjo un daño particular y concreto. Juan Pablo Sarmiento Erazo lo dice en los siguientes términos:

lo que intenta el juez contencioso administrativo, al reconocer la acción reparativa de los perjuicios causados por ocasión de la expedición de la ley, y consecuente intervención del Tribunal Constitucional, es dar aplicación a principios fundamentales que representan garantías a todo individuo sobre la arbitrariedad de una rama del poder público⁶⁷.

Por ejemplo, para el caso de derogación de normas tributarias, Rocío Ramos considera que "la responsabilidad del legislador se asocia forzosamente a la protección del derecho a la propiedad"⁶⁸.

La objetividad de la falla⁶⁹ parece ser entonces una solución adecuada. No solamente se evita la intrusión en la actividad política del Estado legislador —al no juzgar su comportamiento cuando decidió votar por la ley—, sino también en la actividad legislativa. Esto último, por cuanto es necesario alejar la posibilidad

67 JUAN PABLO SARMIENTO ERAZO, *La modulación de sentencia de la Corte Constitucional: ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado legislador?*, Cali: Universidad ICESI, 2010, p. 231.

68 ROCÍO RAMOS, *Responsabilidad del legislador en Colombia por derogación de normas tributarias*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2012, p. 25.

69 Es necesario entender esta "objetividad" en el sentido concreto del término, puesto que se sabe que, en el derecho de la responsabilidad del poder público, contrariamente a lo que pasa con la responsabilidad penal, la responsabilidad es objetiva, dado que no busca actos malintencionados. Véase BENOIT PLESSIX, *Droit administratif général*, París: Lexis Nexis, 2016, p. 648; y CE, Sect., 26 de enero de 1973, *Driancourt*: Lebon, p. 77.

de que el juez administrativo juzgue la calidad de las leyes declaradas inconstitucionales, puesto que hacer un análisis de su contenido implicaría investir al juez administrativo de funciones que pertenecen al juez constitucional.

Al respecto, Mathieu Disant propone una "jerarquización de las inconstitucionalidades", pues considera que no es conveniente para el ejercicio de la función normativa ni para la libertad del juez constitucional que toda constatación de inconstitucionalidad pueda dar lugar a una indemnización, dado que ciertas normas pueden ser más importantes que otras. En consecuencia, plantea que las inconstitucionalidades pueden ser "fallas calificadas" o, por el contrario, tienen una "gravedad insuficiente"⁷⁰. No obstante, esta propuesta, debe ser rechazada.

Si se acepta que el juez administrativo puede decidir cuál norma declarada inconstitucional puede comprometer la responsabilidad del Estado legislador, es decir, establecer que una violación de la Constitución es más grave que otra, implicaría admitir que puede analizar el contenido de la ley y, en ese sentido, hacer un juzgamiento de esta. Ello quiere decir que se aceptaría una ampliación de la función del juez de la responsabilidad, para inmiscuirse en las funciones del juez constitucional y del propio legislador, lo cual es inconcebible. Este razonamiento no puede ser sostenible, sobre todo en el marco de la Constitución francesa, puesto que el constituyente eligió limitar las normas constitucionales invocables por la QPC a los "derechos y libertades que la Constitución garantiza". El juez administrativo no podría por tanto decir si la violación por la ley de un derecho fundamental es más grave que otro cuando juzga al Estado legislador, pues ello significaría que se acepta una jerarquización de los derechos garantizados por la Constitución y este no es ni el fundamento ni el objetivo perseguido por la acción en responsabilidad.

En Colombia, el contexto es diferente. El constituyente colombiano no limitó el control de constitucionalidad a los derechos fundamentales. Él previó que la inconstitucionalidad de una ley pueda venir del contenido de cualquier norma constitucional, o también del procedimiento en su promulgación. Se podría decir así que la lógica desarrollada por Disant tendría una mejor aceptación en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, aunque parece ser fácil considerar que una inconstitucionalidad por vicios formales no tendría la fuerza suficiente para comprometer una responsabilidad del legislador frente a un vicio material, parece que esta lógica tampoco marcha bien en este contexto, pues en realidad, la ley ha desconocido la Constitución y esto es lo que importa. De modo que, en definitiva, el despojo de toda apreciación moral o subjetiva del legislador y la negación de una *jerarquización de las inconstitucionalidades*, con la aceptación de la falla del servicio legislativo al promulgar una ley

70 MATHIEU DISANT, *La responsabilité de l'État du fait...*, óp. cit., p. 1181.

que desconoce los preceptos constitucionales, conduce a la aparición cierta de un régimen *sui generis* de responsabilidad.

Es además importante analizar la acción de la autoridad administrativa que es la que finalmente ejecuta la ley. Los perjuicios sufridos por el ciudadano que demanda en responsabilidad provienen de la acción de ella, al aplicar una norma que es declarada inconstitucional posteriormente, lo cual podría hacer creer que es la responsable de los daños. Esta lógica fue aplicada por el Consejo de Estado francés en la decisión *Tobacco* de 1992. En este caso determinó que cuando se aplica una ley no convencional, la autoridad administrativa ha cometido una ilegalidad de naturaleza a comprometer la responsabilidad del Estado. De esta manera, el hecho generador del perjuicio no estuvo ligado a la ley no convencional, sino que fue imputado a la Administración.

En Colombia, a través la decisión del 13 de octubre de 2016, el Consejo de Estado consideró que el accionante debió haber acudido a la Administración que aplicó la ley inconstitucional y, en caso de respuesta negativa a su requerimiento, acudir a la jurisdicción administrativa, pero para demandar la anulación del acto y no la reparación de perjuicios por vía de la acción en responsabilidad.

Se constata cómo las dos jurisdicciones contencioso administrativo han establecido que el desconocimiento de las normas superiores por la ley no implica una responsabilidad del Estado legislador, sino de la autoridad administrativa. No obstante, es pertinente alejarse de esta lógica, que parece algo inexacta, puesto que, bajo este razonamiento, la Administración sería responsable de una situación que no creó. Como la presunción de constitucionalidad⁷¹ de la ley obliga su aplicación por parte de la Administración, no se debe considerar al acto administrativo como el hecho generador del perjuicio, sino a la ley.

Esta presunción no implica que no pueda ser declarada inconstitucional posteriormente o que se admita de cierta manera la soberanía del legislador. Se hace referencia a ella, exclusivamente para entender que si la ley no ha sido todavía declarada inconstitucional, la Administración debe aplicarla y, en el mismo sentido, no es necesario que el afectado haya realizado una reclamación administrativa previa a la declaración de inconstitucionalidad para ser beneficiario en un juicio en responsabilidad, dado que no se le puede imponer la obligación de saber la existencia de un daño que todavía no ha ocurrido, pues la consciencia de este se genera una vez la ley es declarada inexecutable, no antes.

Según Plessix, "el Estado está regido por reglas de derecho, lo cual implica dos obligaciones: actuar por medio y en el respeto del derecho [...]. A la primera corresponde el principio de legalidad, a la segunda el principio de

71 Sobre la presunción de constitucionalidad, véase Corte Constitucional, sentencia C-076 de 15 de febrero de 2012, rad. D-8598.

responsabilidad⁷². En este contexto, la ley promulgada se impone al respecto de las diferentes autoridades administrativas⁷³. En Colombia, el principio de legalidad tiene el mismo sentido. Según Jaime Orlando Santofimio, este principio implica la sumisión de la Administración y de sus actos a las normas superiores previamente proferidas⁷⁴. Sin embargo, el principio de legalidad debe ser mirado hoy de una manera más amplia. Es necesario comprender que la Administración no está solamente sometida a la ley, sino al derecho, lo que la obliga a aplicar y respetar todas las normas del ordenamiento jurídico. Después de la constitucionalización del derecho, el principio no debería ser más el de legalidad, sino el de constitucionalidad.

Del hecho que la Administración tenga por obligación respetar la ley promulgada, ella deberá aplicarla durante el tiempo que esté en vigor. Se parte entonces de una presunción de constitucionalidad que obliga a la Administración a aplicar la ley mientras no sea declarada inconstitucional. Así entonces, el origen de los perjuicios sufridos en razón de la aplicación de una ley declarada inconstitucional no se encuentra en el acto administrativo, sino en la ley y, en ese sentido, es al Estado a quien se le debe imputar los daños provocados por las leyes y no a la Administración⁷⁵.

Como lo asegura Amandine Blandin, "la acción en responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales es autónoma de las vías de recursos existentes en contra de los actos de aplicación de la ley"⁷⁶. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado colombiano en la decisión de 2014, así como en la decisión de unificación tomada en 2018. Para la alta jurisdicción contencioso administrativo, independientemente de la coincidencia que pueda existir entre los dos contenciosos, la Administración no obra sino como un agente del Estado, en tanto que el legislador ha sido el creador de la norma que ha estado en el origen del daño.

Es menester precisar que, contrariamente a lo que ocurre en Francia⁷⁷, la excepción de inconstitucionalidad en Colombia –desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁸– permite a los jueces ordinarios y a las autoridades administrativas ejercer un control de constitucionalidad, por vía de excepción, en casos concretos. Se trata de la decisión de inaplicar una ley

72 BENOÎT PLESSIX, *óp. cit.*, p. 592.

73 RENÉ CHAPUS, *óp. cit.*, p. 75.

74 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 4.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 54.

75 RENÉ CHAPUS, *óp. cit.*, p. 1275.

76 AMANDINE BLANDIN, *La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure: le droit espagnol, un modèle pour le droit français?*, París: Dalloz, 2016, p. 128.

77 Véase BENOÎT PLESSIX, *óp. cit.*, p. 201; y CE, Ass., 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*: Lebon, p. 110.

78 Corte Constitucional, sentencias C-122 de 1.º de marzo de 2011, rad. D-8207, y SU-132 de 13 de marzo de 2013, rad. T-3.536.944.

porque para el asunto bajo estudio es inconstitucional, es decir, que sus efectos son *inter partes*. Frente a este control excepcional, el análisis sobre la responsabilidad es distinto, por cuanto la norma no desaparece del mundo jurídico, toda vez que el legislador no violó las disposiciones constitucionales cuando la creó. La decisión de inaplicar la ley por encontrarla inconstitucional para el caso concreto es del juez ordinario o la autoridad administrativa, de modo que, si se llegara a probar perjuicios, su reparación estaría a cargo de estos y no del Estado legislador, pues, se insiste, la ley sigue vigente.

Aclarado lo anterior, se pasará a analizar la manera en que el régimen de responsabilidad propuesto se ve limitado por los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

2.2. LA LIMITACIÓN DEL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE LAS LEYES INCONSTITUCIONALES

En la medida en que la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales responda a la lógica desarrollada, el campo de aplicación se encontrará limitado, por el hecho de la dependencia que el juez administrativo tendría de la decisión del juez constitucional, particularmente por el principio de la irretroactividad de los efectos de sus decisiones. El juez constitucional determinaría entonces, de una cierta manera, esta responsabilidad. Como lo expresó Olivier Desaulnay: "el hecho generador de la responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales constituye línea de unión entre el Consejo constitucional y el Consejo de Estado"⁷⁹. Tanto en el ordenamiento jurídico colombiano⁸⁰ como en el francés⁸¹ opera el mismo principio de la irretroactividad de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, pero deja al juez constitucional el poder de decidir, en dado caso, que una decisión tenga efectos hacia el pasado o, también, ultractivos. Para los profesores Olivier Desaulnay⁸², Ghislaine Alberton⁸³ y Mathieu Disant⁸⁴, este poder de modulación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad en el tiempo, puede limitar el derecho a una indemnización por el desconocimiento por parte del legislador de las obligaciones constitucionales, es decir, en el derecho de reparación frente al juez administrativo.

79 OLIVIER DESAULNAY, "La responsabilité de l'État...", óp. cit., p. 800.

80 Artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Véase, al respecto, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, rad. PE-008.

81 Parágrafo 2 del artículo 62 de la Constitución. Véase, al respecto, BENOÎT PLESSIX, óp. cit., p. 212.

82 OLIVIER DESAULNAY, "La responsabilité de l'État...", óp. cit., p. 813.

83 GHISLAINE ALBERTON, óp. cit., p. 2353.

84 MATHIEU DISANT, *La responsabilité de l'État...*, óp. cit., p. 1181.

No se puede perder de vista que el principio general de irretroactividad está justificado por el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Este poder de modulación en el tiempo de las decisiones que pertenece al juez constitucional en los dos ordenamientos jurídicos no es de carácter discrecional, sino que se debe a la reflexión sobre las repercusiones que la abrogación de leyes que desconocen las disposiciones constitucionales tendrá. Hugo Marín reconoce que los efectos que tendrá el fallo de inconstitucionalidad dependerán del juicio de ponderación que se realice respecto de los principios de supremacía de la Constitución y de seguridad jurídica. Una ponderación

que no implica ni la introducción de excepciones, ni la invalidez de uno de ellos: se trata simplemente de declarar que, bajo las específicas circunstancias del caso concreto examinado, uno de los principios ha de ceder ante el otro [...], una ponderación entre los intereses jurídicos opuestos, cuyo resultado será establecer cuál de ellos en abstracto del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. La colisión se resuelve entonces estableciendo entre los principios en función de las particularidades del supuesto examinado, una relación de procedencia condicionada⁸⁵.

La Corte Constitucional colombiana ha explicado bien que la razón de ser de los efectos *ex nunc* de sus decisiones es la necesidad de proteger los principios de seguridad jurídica y de buena fe, puesto que antes de la decisión de inconstitucionalidad, la norma goza de la presunción de constitucionalidad, por lo que sería legítimo reconocer que los ciudadanos comprometieron legítimamente su confianza en la validez de esta norma⁸⁶.

Para Mathieu Disant, el poder de modulación de los efectos de las decisiones en el tiempo otorga al Consejo constitucional francés los medios de "definir el equilibrio entre la obligación de expulsar del ordenamiento jurídico una norma legislativa inconstitucional y la garantía de la seguridad jurídica que debe conducir a reducir el impacto", para proteger las situaciones existentes y los efectos jurídicos pasados y así atenuar "el rigor de la sanción pronunciada teniendo en cuenta los intereses legítimos susceptibles de ser afectados"⁸⁷. Pero hay otros factores que también justifican la prevalencia de las decisiones con efectos *ex nunc*. La abrogación inmediata de una ley puede conllevar a consecuencias financieras mayores o atentar contra las instituciones. Los intereses

85 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 420.

86 Corte Constitucional, sentencias C-619 de 29 de julio de 2003, rad. RE-131; T-389 de 28 de mayo de 2009, rad. T-1400804; y C-444 de 25 de mayo de 2011, rad. D-8350.

87 MATHIEU DISANT, "Les effets dans le temps des décisions QPC", *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 40, Issy-les-Moulineaux, 2013.

del Estado están en juego: la protección de su presupuesto y la garantía de una ejecución regular de la gestión administrativa son puntos a tener en cuenta por el juez constitucional al momento de proferir sus decisiones. Además, esta elección por parte del juez constitucional incita al legislador a remediar efectivamente la situación de inconstitucionalidad e, incluso, ayuda a la prevención de vacíos jurídicos que podrían surgir después de una anulación inmediata o retroactiva de las leyes. En ese sentido, se intenta incluso respetar el principio de separación de poderes.

El rol del juez constitucional vendría a ser decisivo en la medida en que la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales va a depender de los efectos de sus decisiones. Así, entonces, al respetar las decisiones del juez constitucional por parte del juez administrativo, la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales será limitada. La Constitución francesa, en el parágrafo 3 del artículo 62, establece que las decisiones del Consejo Constitucional se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Igualmente, la Corte Constitucional colombiana se pronunció en varias ocasiones sobre el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional⁸⁸.

Bajo este principio, sería necesario aceptar que, cuando los efectos de las decisiones son *ex nunc*, se deberá volver al régimen objetivo de responsabilidad por rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, pues las situaciones que pasaron antes de la declaratoria de la inconstitucionalidad serán tenidas como fundadas sobre una norma que era vigente en la época y, por tanto, válida, incluso lícita. Así se planteó en la aclaración de voto al fallo del Consejo de Estado colombiano de 2014, en el que se dijo que el título de imputación en casos de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario no puede ser siempre el de la falla del servicio, sino que este se configura solamente cuando los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad son hacia el pasado (*ex tunc*), por lo que cuando estos son hacia el futuro, el título de imputación es el del daño especial⁸⁹.

Asimismo, Olivier Desaulnay, plantea que "el juez administrativo no podrá perseguir más la reparación del perjuicio sobre el fundamento de una responsabilidad por el hecho de una ley inconstitucional puesto que el juez constitucional ha mantenido los efectos de manera regular"⁹⁰. En el mismo sentido, el Consejo de Estado colombiano, en sus decisiones de 2002, 2016 y 2018, consideró que, cuando los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional son hacia el futuro, todos los daños causados antes de la decisión de

88 Véase Corte Constitucional, sentencias C-539 de 6 de julio de 2011, rad. D-8351, y C-621 de 30 de septiembre de 2015, rad. D-10609.

89 Consejo de Estado, 26 de marzo de 2014, rad. 28741, aclaración de voto.

90 OLIVIER DESAULNAY, óp. cit., p. 805.

inconstitucionalidad no devienen antijurídicos puesto que la norma estaba en vigor y en consecuencia no es posible declarar la responsabilidad del Estado legislador, pues de lo contrario se atentaría contra el principio de seguridad jurídica, desconociendo las decisiones del juez constitucional. Postura que también comparte Camilo Caballero cuando afirma que "la no modulación del fallo hacia el pasado en el que se declara el tributo como inconstitucional legitima la lesión de carácter definitivo del patrimonio de una persona, no teniendo derecho a que se le repare por los daños ocasionados, debiendo soportar esa carga considerándola lícita"⁹¹, por lo que considera que "el juez natural de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario es la Corte Constitucional"⁹².

Sin embargo, no se comparte esta hipótesis dado que al tenerse como vigente la norma entre su promulgación y la declaratoria de inconstitucionalidad no se puede limitar al juez de lo contencioso administrativo a declarar la irresponsabilidad en caso de daño, sino simplemente a cambiar de régimen de imputación, pues este puede ser antijurídico, incluso si la norma es "lícita", caso en el cual se aplicaría el régimen objetivo. Así entonces, no se puede afirmar, como lo hace Camilo Caballero, quien sostiene que "Es indiscutible que la tipificación del daño antijurídico depende de la modulación que haga la Corte Constitucional y, por ende, la competencia del juez administrativo en su reparación"⁹³, toda vez que la antijuridicidad depende del análisis del carácter soportable del daño, devenga o no de una norma inconstitucional, de modo que los efectos de la sentencia solamente repercutirán en el régimen de responsabilidad aplicar. El juez natural de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes será siempre el juez de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-149 de 1993^[94], declaró inexecutable una normatividad que había impuesto una obligación tributaria, con efectos hacia el pasado y ordenó la devolución del dinero por las sumas pagadas. Esta decisión haría pensar que la reparación de perjuicios se dio en sede constitucional y, por tanto, no sería necesario acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; no obstante, la devolución del dinero pagado ilícitamente –por el hecho de la inconstitucionalidad de la ley– no implica necesariamente la reparación de los perjuicios, pues estos pueden ir más allá. No es posible establecer hasta qué punto ese pago repercutió en el afectado, sino en un verdadero juicio de responsabilidad del Estado, que solo se puede generar ante el juez de lo contencioso administrativo.

91 CAMILO CARLOS CABALLERO CORTÉS, *óp. cit.*, p. 67.

92 *Ibíd.*, p. 79.

93 *Ibíd.*, p. 80.

94 Corte Constitucional, sentencia C-149 de 22 de abril de 1993, rad. D-184, D-185, D-189 y D-194.

Al analizar la sentencia aludida, Juan Pablo Sarmiento Erazo se pronunció en similares términos, así:

La providencia de la Corte expulsó del ordenamiento jurídico una disposición inconstitucional, pero no reconoció adecuadamente el perjuicio al que fue sometido el asociado con ocasión al pago de una suma de dinero trasladada a favor del Estado que, por demás, muy seguramente generó algún daño, sea por costo de oportunidad o simplemente por los frutos civiles a los que tiene derecho cualquier individuo que renuncia al disfrute de uno recursos económicos y es afectado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Por esta razón, el juez administrativo preservaría su competencia para restablecer el patrimonio privado afectado siempre que el daño persista. Parecería adecuado concebir un sistema dual constante de jueces, el constitucional y el administrativo, que permitan consolidar una garantía permanente para el asociado. Además, debido al tipo de control constitucional que ejerce nuestra Corte Constitucional en abstracto, esta exime de cualquier obligación de estudiar casos concretos en los debates de constitucionalidad respecto a las leyes⁹⁵.

Aunado a lo anterior, en la sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional colombiana aclaró que si bien es permitido el reconocimiento de perjuicios causados por leyes inconstitucionales al darle efectos retroactivos a sus decisiones, esta modulación temporal no tiene como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por leyes inconstitucionales, ya que esa no es una labor propia del juez constitucional, sino que en casos excepcionales, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener el resarcimiento de algunos perjuicios causados por leyes contrarias a la Constitución⁹⁶.

Parece muy lógico limitar entonces la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales bajo el régimen *sui generis* a los únicos casos en los cuales los efectos en el tiempo de las decisiones del juez constitucional sean *ex tunc*. Esta lógica no se debe al hecho que el legislador no hubiere cometido una falla –puesto que sería absurdo pensar que el desconocimiento de la Constitución nazca con la decisión de inconstitucionalidad y no desde su creación–, sino al respeto de las decisiones tomadas por el juez constitucional. En ese orden de ideas, la aplicación del régimen propuesto estará bastante limitada, por cuanto las decisiones con efectos *ex tunc* son precarias y, en consecuencia, restará más teórica que práctica.

95 JUAN PABLO SARMIENTO ERAZO, *óp. cit.*, p. 250.

96 Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1.º de febrero de 2006, rad. D-5839

CONCLUSIONES

A partir de la constitucionalización del derecho, la soberanía de la ley dominante en los ordenamientos jurídicos occidentales fue cuestionada. Con el fin de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y la organización política de los Estados, se otorgó un lugar privilegiado a la Constitución, en virtud de lo cual se creó un órgano jurisdiccional encargado de vigilar el respeto de sus disposiciones por parte de la ley, a través del control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad *a posteriori* constituye hoy un desafío para el Estado de derecho y una garantía para las libertades de los administrados. Sin embargo, la desaparición de una ley del ordenamiento jurídico por el hecho de su carácter inconstitucional puede provocar daños de naturaleza a comprometer la responsabilidad del Estado legislador.

Por haber desconocido disposiciones constitucionales, la ley debe ser considerada ilícita, en el sentido en que devino de una falla del servicio. No obstante, dicha falla imputable al legislador debe tener un carácter eminentemente objetivo, dado que, en el marco de un contencioso de responsabilidad, el juez administrativo no debe juzgar el comportamiento de los representantes al momento de promulgar la ley, ni el contenido de esta. El juzgamiento derivado exclusiva y directamente del desconocimiento de las normas superiores impone el nacimiento de un régimen jurídico *sui generis* de responsabilidad. Sin embargo, este régimen se ve limitado a los excepcionales casos donde la ley ha sido abrogada desde su promulgación, pues para los casos en los que la ley permaneció vigente entre aquella y el momento en el que el juez constitucional constató el desconocimiento de disposiciones constitucionales, se aplicará el régimen objetivo de responsabilidad. Dicho lo anterior, la aplicación del nuevo régimen propuesto será considerablemente reducida.

Este razonamiento no está fundado en la imposibilidad de aceptar que el desconocimiento de la Constitución haya nacido a partir del momento mismo del nacimiento de la ley, sino en el fundamento de la elección del juez constitucional de aplicar los efectos *ex nunc* a sus decisiones, esto es, la protección de las situaciones jurídicas consolidadas y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, así como de los intereses del Estado y el respeto a la separación de poderes. Así, la protección del Estado de derecho, a través de la permanencia de los actos tomados sobre la base de una norma inconstitucional, se impone al reconocimiento de la falla del Estado legislador. De esta manera, se observa que el régimen *sui generis* de responsabilidad va a depender de la intervención no solamente del juez administrativo, sino también del juez constitucional. Sería un caso muy particular donde los dos jueces están involucrados al mismo tiempo en el marco de un contencioso de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

- ALBERTON, GHISLAINE. *Le législateur peut-il rester irresponsable?*, AJDA, n.º 24, París, 2014.
- BARANGER, DENIS. *Penser la loi: essai sur le législateur des temps modernes*. París: Gallimard, 2018.
- BELRHALI, HAFIDA. *Responsabilité administrative*. París: LGDJ, 2017.
- BLANDIN, AMANDIE. *La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure: le droit espagnol, un modèle pour le droit français?* París: Dalloz, 2016.
- BROYELLE, CAMILLE. *La responsabilité de l'État du fait des lois*. París: LGDJ, 2003.
- CABALLERO CORTÉS, CAMILO CARLOS. *La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador tributario: Comentarios y defensa de la sentencia Goodyear vs. Congreso de la República (tesis de maestría)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- CAMBY, JEAN-PIERRE. *La loi*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2015.
- CARRE DE MALBERG, RENÉ. *La Loi, expression de la volonté générale*. París: Economica, 1984.
- CHAPUS, RENÉ. *Droit administratif général*, t. 1, coll. "Domat", 15.ª ed. París: LGDJ, 2001.
- DELAUNAY, BENOÎT. *La faute de l'administration*. París: LGDJ, 2007.
- DESAULNAY, OLIVIER. "La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle ou l'inévitable 'pas de deux' du juge administratif et du Conseil constitutionnel". En *Long cours, mélanges en l'honneur de Pierre Bon*. París: Dalloz, 2014.
- DISANT, MATHIEU. "Les effets dans le temps des décisions QPC". *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 40, Issy-les-Moulineaux, 2013.
- DISANT, MATHIEU. *La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle*. París: RFDA, 2011.
- DUGUIT, LÉON. *Les transformations du droit public*. París: A. Colin, 1913.
- DUGUIT, LÉON. *Manuel de droit constitutionnel*. París: Editions Panthéon-Assas, 2007.
- DUEZ, PAUL. *La responsabilité de la puissance publique*. París: Dalloz, 2012.
- LAFERRIERE, EDOLUARD. *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, 2.ª ed. París: Hachette Livres, 1896.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

- PLANIOL, MARCEL. "Étude sur la responsabilité civile". En *Revue critique de législation et de jurisprudence*. París: LGDJ, 1905.
- PLESSIX, BENOÎT. *Droit administratif général*. París: Lexis Nexis, 2016.
- RAMOS, ROCÍO. *Responsabilidad del legislador en Colombia por derogación de normas tributarias*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.
- RIBES, DIDIER. *L'État protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, tesis, Université Aix-en-Provence, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 4.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SARMIENTO ERAZO, JUAN PABLO. *La modulación de sentencia de la Corte Constitucional: ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado Legislador?* Cali: Universidad ICESI, 2010.
- SEILLER, BERTRAND. *Droit administratif*, t. 2, 6.^a ed. París: Flammarion, 2015.
- TEISSIER, GEORGES. *La responsabilité de la puissance publique*. París: Éditions La Mémoire du Droit - Collection de la Faculté Jean-Monnet - Institut d'études de droit public Université Paris-Sud II, 2009.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado colombiano

- Consejo de Estado, 18 de octubre de 1990, rad. 5396.
- Consejo de Estado, 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001.
- Consejo de Estado, 26 de septiembre de 2002, rad. 20954.
- Consejo de Estado, 12 de junio 2003, rad. 25000-23-27-000-2002-00014-01(AG).
- Consejo de Estado, 24 de abril de 2013, rad. 28221.
- Consejo de Estado, 24 de abril de 2013, rad. 27720.
- Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, rad. 26689.
- Consejo de Estado, 26 de marzo de 2014, rad. 28741, con aclaración de voto.
- Consejo de Estado, 7 de abril de 2016, rad 11001-03-15-000-2014-02171-00.
- Consejo de Estado, 25 de agosto de 2016, rad. 11001-03-15-000-2014-02171-01.

Consejo de Estado, 31 de octubre de 2018, rad. 28741.

Consejo de Estado, 20 de octubre de 2014, rad. 29355.

Consejo de Estado, 13 de marzo de 2018, rad. 28769.

Consejo de Estado, 21 de marzo de 2018, rad. 29352.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, sentencia C-076 de 15 de febrero de 2012, rad. D-8598.

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, rad. PE-008.

Corte Constitucional, sentencias C-619 de 29 de julio de 2003, rad. RE-131.

Corte Constitucional, sentencia T-389 de 28 de mayo de 2009, rad. T-1400804.

Corte Constitucional, sentencia C-444 de 25 de mayo de 2011, rad. D-8350.

Corte Constitucional, sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, rad. D-8351.

Corte Constitucional, sentencia C-621 de 30 de septiembre de 2015, rad. D-10609.

Corte Constitucional, sentencia C-149 de 22 de abril de 1993, rad. D-184, D-185, D-189 y D-194.

Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1.º de febrero de 2006, rad. D-5839.

Corte Constitucional, sentencia C-122 de 1.º de marzo de 2011, rad. D-8207.

Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 13 de marzo de 2013, rad. T-3.536.944.

Jueces de Francia

CE, 11 de enero de 1838, *Duchâtellier*: Lebon, p. 7.

CE, Ass., 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"*: Lebon p. 25.

CE, 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*: Lebon p. 789.

CE, Sect., 30 de julio de 2003, *Association pour le Développement de L'aquaculture en Région Centre*: Lebon, p. 367.

CE, 2 de noviembre de 2005, *Société Coopérative Agricole Ax'ion*: Lebon p. 468.

CE, 2 de noviembre 2005, *Société Coopérative Agricole Ax'ion*: Lebon 468, concl. M. Guyomar.

CJCE, 9 de noviembre de 1991, *Francoovich*, proceso n.º C-479/93.

CE, Ass., 28 de febrero de 1992. *Sté Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*: Lebon, p. 78.

CE, Ass, 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*: Lebon p. 78.

CE, 23 de julio de 2014, *Société D'éditions et de Protection Route (SEPR)*, n.º 354365: Lebon.

CE, 17 de diciembre de 2010, req. n.º 343752, concl. M. Guyomar.

CE, 20 de octubre de 1989, *Nicolo*: Rec. Lebon, p. 190.

CE, 29 de abril de 1921, *Société Premier et Henry*, S. 1923, n.º 3, spéc. p. 41, note M. Hauriou; égal. note sous CE, 2 de enero de 1944, *Caucheteux et Desmonts*, RD publ. 1945. 369, G. Jèze.

CE, Sect., 26 de enero de 1973, *Driancourt*: Lebon, p. 77.

Cons. const., 16 de julio de 1971, n.º 71-44: Recueil, p. 29.

TA de París, 7 de febrero de 2017, *Société Paris Clichy*, n.º 1505725/3-1.

TA de París, 7 de febrero de 2017, *Société Paris Clichy*, n.º 1505725/3-1, concl. M. François Doré.

CE, Ass., 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*: Lebon, p. 110.