

Juan Pablo Sarmiento Erazo
Universidad Icesi, Colombia
juasarm@uniandes.edu.co

La modulación de sentencias de la Corte Constitucional: ¿juez natural para la responsabilidad del Estado legislador?

Abstract

This article discusses the findings of research on constitutional jurisprudence regarding the effects of rulings other than *ex nunc* rulings, which acquire standing over time, or rulings by which beneficiaries are added to a rule declared unconstitutional. It addresses the different kinds of constitutional rulings that have an impact on both state-owned and individual assets. It argues that certain rulings, which arise from a broad application of judicial activism, can lead to the reparation of damages to individuals as a result of unconstitutional rules contained in provisions assessed by the Constitutional Court.

Key words: Modification of rulings, Fiscal impact of constitutional rulings, Legislative omission, Responsibility of a legislating state

Introducción

El presente estudio plantea el problema que surge de los efectos de la cosa juzgada constitucional y la justificación de la acción de reparación, que puede o no desaparecer con los efectos de la sentencia que decide la constitucionalidad de la disposición legislativa. De la declaración por parte de la Corte Constitucional que decide la constitucionalidad de la norma surge igualmente la dificultad para justificar la intervención del juez administrativo, toda vez que parecería constituir una instancia superior al juez de constitucionalidad, o podría aparentar cierta revisión sobre la medida adoptada por el alto Tribunal.

Con este propósito, se pone a consideración del lector, primero, una breve descripción de las posturas que hacen ostensible la preeminencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico y la función e interpretación de la cosa juzgada constitucional; y luego se presentará la tipología de la modulación de

sentencias por parte del Tribunal Constitucional, de aquellas que tienen la capacidad de reparar directamente el daño antijurídico causado al patrimonio del asociado, y de aquellas que dejan un espacio válido que permiten justificar la acción reparativa ante el juez administrativo.

Generalidades del control constitucional y la cosa juzgada constitucional. Entre la sustracción y la competencia del juez administrativo

El legislador colombiano se encuentra limitado por la Constitución, tanto en el contenido de sus decisiones como en el procedimiento que debe agotar para la expedición de las mismas. En palabras de Hart:

[...] una Constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación [...], sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo (Hart, 1990 : 85).

De esta forma, la potestad del legislador depende de los preceptos constitucionales que determinan el procedimiento y las particularidades en el contenido que debe cumplir una ley para conservar su validez.

En consecuencia, siguiendo al profesor Hart, toda norma de la legislatura incompatible con la Constitución puede ser considerada *ultra vires* y será “invalidada jurídicamente” por los tribunales (Hart, 1990 : 90),¹ de manera que constituye un control al poder legislador, en la medida en que los poderes delgados tienen a su cargo el deber de no abusar de su poder, lo que da lugar en su caso a “sanciones morales y los jueces no lo consideran asunto de su resorte” (Hart, 1990 : 92).²

Nos explica Kelsen, en el mismo sentido: la inconstitucionalidad de una ley no es una contradicción lógica, sino una “condición estatuida por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que conduce, o a la derogación de la ley, o al castigo de un órgano determinado” (Kelsen, 1981 : 123). Luego, la norma inconstitucional obedece a la negación por parte de la ley debido a su

1 En este caso Hart hace referencia a la Quinta Enmienda de la Constitución americana, la cual garantiza el derecho a la vida, libertad y propiedad de las personas. En consecuencia, solo puede ser restringida de acuerdo a un proceso legal, de forma que se trata de una restricción al Congreso y una obligación a los tribunales para declarar inválida toda norma que restrinja estos derechos.

2 En este punto el profesor Hart hace referencia a la democracia representativa de Inglaterra, donde el electorado participa únicamente en la elección de sus representantes para delegarles su potestad soberana, delegación que entiende absoluta, razón por la cual el cuerpo legislativo no tiene restricciones jurídicas especiales, sino una general de no abuso de su poder delegado.

deficiencia o defectuosidad. Considera que, incluso, se trata de un caso análogo al acto administrativo ilegal contrario al reglamento.

No obstante, el mismo proceso legislativo, como lo expone el profesor Von Fuller, supone también una “moralidad interna del orden”, necesaria para la creación de todo el derecho, de forma que nos permite distinguir un buen orden por oposición a uno perverso, por aquel componente abstracto llamado elemento moral (Fuller, 1958) que implica una auto restricción del legislador; lo que para el orden jurídico constitucional colombiano significa una Constitución que ha positivizado una serie de principios, libertades y derechos que limitan el ejercicio legislativo, asegurando un mínimo de “moralidad interna”.

La cosa juzgada constitucional es entendida entonces como aquella salvaguarda a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el fondo de una ley, tanto de exequibilidad como de inexecuibilidad, cuya característica especial es que no pueden ser nuevamente objeto de controversia. De esta manera, todos los operadores jurídicos quedan obligados, en razón del efecto de la cosa juzgada material, por las sentencias de constitucionalidad de la Corte en aquellos fundamentos que guarden relación directa con la parte resolutive del fallo, así como los que la Corte misma indique, debido a que tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios.³

El método de evaluación de constitucionalidad del alto Tribunal es un examen en abstracto, el cual consiste en una comparación entre dos normas (la constitucional y la legislativa) en la cual determinará los límites que pueda tener el Legislador al expedir la regla, verificando mínimos formales y de fondo, lo que conduce a la corrección de aquellos errores o excesos cometidos por el legislador. De la cosa juzgada constitucional se deriva un poder vinculante del precedente judicial, por lo menos en la parte resolutive y la *ratio decidendi* de la sentencia; lo que debe garantizar, en principio, cierto nivel de seguridad jurídica, siendo el único medio para alterar la decisión una reforma constitucional que le reste validez a la providencia del Tribunal.

Así, el juez administrativo –como cualquier otro– se encuentra vinculado a la decisión del juez constitucional, debido a que la decisión del Tribunal Constitucional sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de una norma, como vimos anteriormente, obliga a todos los operadores jurídicos por el efecto de la cosa juzgada material; lo que implica, por lo menos conceptualmente, que una decisión del Tribunal Constitucional debe asegurar la armonización de todos los principios constitucionales con la ley que es evaluada.

Es por esto que resultaría contradictoria la intervención del juez contencioso administrativo para aceptar la acción reparativa del particular afectado. No obs-

3 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-598 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

tante, aceptar esto implicaría desconocer que la sentencia de constitucionalidad, igual que la misma ley, puede ser interpretada y no de forma unívoca. Incluso, es plausible afirmar que el Tribunal Constitucional no puede prever todos los efectos que puedan resultar de la aplicación de una ley y de su intervención jurisprudencial.

Justamente, el juez administrativo no invalida o modifica la decisión del Tribunal Constitucional: lo que hace, en caso de verificar el perjuicio anormal y especial causado a un particular, es aplicar los principios superiores a la ley y a la jurisprudencia, es decir, la Constitución, con el fin de obtener la sentencia que corresponda a la decisión constitucionalmente más correcta. La extensión de su fallo aparece contradictoria, pues superado el examen de constitucionalidad de la Corte, no debería caber responsabilidad del legislador basándonos en preceptos constitucionales tales como la igualdad, el derecho a la propiedad, prohibición de confiscación, libertad económica y de empresa, etc.

En igual sentido, el juez contencioso administrativo no invalidará o buscará alterar la norma legislativa, pues no es su competencia, como tampoco es posible desde la misma cosa juzgada constitucional revisar el fallo que declara la exequibilidad o inexecutable de la norma. Lo que hará el juez administrativo será acudir directamente a la Carta Fundamental, para proteger al individuo de perjuicios que no debe soportar y garantizar derechos que le son reconocidos por la misma Constitución.

Es necesario entonces, comprender que la ley y la decisión judicial de constitucionalidad constituyen un bloque (Escobar, 2003),⁴ similar al bloque legislativo según el cual los decretos reglamentarios hacen parte de la ley y en consecuencia son operativizados junto a esta, de forma que el juez administrativo verificará la ley y las normas de la sentencia de constitucionalidad aproximándose al principio de Estado de Derecho que, según Kelsen, significa un “orden coactivo que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos de aplicación del derecho y para la libertad individual de los individuos sometidos a derecho” (Kelsen, 1998 : 36).

El precedente judicial de constitucionalidad, junto a la ley objeto de análisis por la Corte Constitucional, componen un todo que debe ser examinado por el juez administrativo, entendiendo que ambos preceptos son coactiva e inescindiblemente exigibles, y que, de igual forma, se encuentran compuestos por una serie de enunciados normativos amplios que deben ser interpretados.

4 Señala Escobar que: “las sentencias manipulativas y el efecto diferido en el tiempo de los fallos de constitucionalidad, entre otros, han determinado hasta qué punto en nuestro medio se ha modificado el sistema de fuentes del Derecho. [...] en el mejor de los casos que algunas de las modulaciones son pertinentes y necesarias en un Estado social de derecho, puesto que mediante dicha modulación se realizan y materializan los principios de conservación de las normas, interpretación conforme a la constitución y el respeto por el legislador democrático”.

Dicha interpretación, como habrá de suponerse, carece de univocidad, debido al análisis mismo que desarrolla el juez constitucional; esto es, un análisis abstracto que puede dar como resultado la expedición de nuevos preceptos normativos que condicionan la constitucionalidad de la ley. Esto supone la aparición de métodos interpretativos, como enuncia Kelsen, que no son únicos ni rectos, dadas las muchas significaciones de la norma, lo que implica múltiples significaciones verbales de la misma y conduce a multiplicidad de interpretaciones de sentido, de modo que se llega a un resultado posible pero no necesariamente correcto o justo (Kelsen, 1981).

La providencia a la que puede llegar el juez será aquella decisión lógicamente sostenible, que pueda ser apreciada como conveniente o justa por la instancia competente para la aplicación de la ley. De modo que la inconveniencia o la injusticia nos inclinan a admitir que el Legislador y el juez de constitucionalidad no hayan premeditado ese caso (Kelsen, 1981). En términos del profesor Dworkin, la intención o el propósito de una determinada ley o cláusula permite determinar qué derechos está creando esa norma o aquellos principios en la “base de” o “incorporados en” normas positivas (Dworkin, 1999).

La intención del juez contencioso administrativo no consistirá jamás en modificar la sentencia de constitucionalidad. Incluso, su decisión debe basarse en ella y en la ley, pero sobre todo debe fundarse en la Constitución, la cual impone una serie de valores que deben ser asegurados a todo individuo; envolviendo así, no la revisión a la cosa juzgada constitucional, sino la derivación directa, desde la Carta, de derechos, garantías y libertades que no pueden ser desconocidas por la ley ni por la jurisprudencia.

Así, el juez administrativo no altera por vía de jurisprudencia una ley o una decisión judicial sobre la norma. En palabras de Duncan Kennedy, la capacidad de cambiar la jurisprudencia encuentra su contrapeso en la noción de supremacía legislativa, lo que impide cambiar judicialmente una ley, pero sí puede recurrir a la Constitución para alterar por vía judicial la ley, sin tener la capacidad de variar la Constitución misma (Kennedy, 1999). Definitivamente, lo que intenta el juez contencioso administrativo, al reconocer la acción reparativa de los perjuicios causados por ocasión de la expedición de una 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 público.

Para ilustrar mejor este punto, podemos acudir a la experiencia italiana, la cual señala que la determinación de la injusticia del daño se basa en normas de derecho privado, exponiendo que:

[...] la existencia de una violación de ley, o de ley constitucional, o de ley comunitaria o de la Convención Europea de los Derechos Humanos representa, ciertamente, un elemento de evaluación, pero

no es un elemento exclusivo, ya que la regla que se debe observar es siempre la contenida en el artículo 2043 del Código Civil, que remite esencialmente al juez la tarea de determinar en los distintos casos la existencia o no del daño injusto, y en caso afirmativo, la de cuantificar su dimensión.

Pero naturalmente, entre la regla del Código y las aplicaciones judiciales se ha implantado una serie de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que han tornado más flexible la regulación legislativa (Amaral, 2002; Miranda, 2000).

En la práctica española podemos considerar que el Tribunal Constitucional admite implícitamente la responsabilidad del Estado legislador, por cuanto el Tribunal Supremo sujeta esta responsabilidad a la hipótesis de que la ley supere el juicio de constitucionalidad. Además, acepta que el silencio de la ley sobre el derecho de indemnización queda:

[...] sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos (Pizzoross, 2006).⁵

Por contera, el Tribunal Supremo limita su interpretación a aquellos casos en que el Tribunal Constitucional estime el recurso de inconstitucionalidad en contra de una ley para poder realizar un juicio de responsabilidad, lo que contradice la responsabilidad administrativa derivada de la propia Carta; evento que no resulta plausible desde el punto de vista formal y desde este mismo ensayo. Inclusive, como lo enunciamos previamente, la decisión del juez constitucional expresa la conformidad de la ley con la Carta fundamental, pero no por eso debe significar un juicio deductivo que necesariamente conduzca al resultado “responsabilidad administrativa”.

El Tribunal Supremo Español, con todo, reaccionó contra la anterior posición, propiciando un medio para obtener la restitución de lo causado con la violación de la Constitución, al construir la factibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de un acto legislativo que haya sido declarado inconstitucional. Lo anterior también se extendió al supuesto de que el proceso haya terminado, añadiendo que la eficacia de la cosa juzgada no es obstáculo para el ejercicio de tal acción, lo que supone, en suma, el pleno reconocimiento de un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificado.⁶

5 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 28/1997, del 13 de febrero, dictada en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

6 Los principales hitos en la línea antes mencionada han sido la sentencia del Tribunal Supremo de 29 febrero 2000, mediante la que se estimó el recurso en el supuesto de una persona que había agotado, contra la aplicación de referido gravamen complementario, todas las instancias posibles (Checa, 2004).

En Francia, la sentencia *La Fleurette* permitió reconocer como daño, desde el punto de vista del derecho civil, igual que en la mencionada postura italiana, las consecuencias desfavorables que una decisión legislativa puede generar para ciertos sujetos privados, a pesar de la:

[...] imposibilidad de promover el control de constitucionalidad de tal decisión. Ciertamente, una fuerte limitación de los resultados en un primer momento obtenidos, a tal punto que se ha terminado condicionando la afirmación de dicha responsabilidad a la concepción, en vía interpretativa, de una norma legislativa (eventualmente inexistente) que la configure como responsabilidad por actos legítimos.⁷

La mencionada jurisprudencia permitió entonces exigir la reparación de aquellos daños derivados de la aplicación de una disposición legal, aun cuando se trata de una jurisdicción constitucional que revisa previamente, las más de las veces, la ley, permitiendo, pese a su constitucionalidad, el reconocimiento de la reparación al daño que ésta ha generado en el patrimonio del sujeto de derecho.

La modulación de sentencias. Entre la desaparición y la afirmación de la acción reparatoria

La dificultad del objeto de estudio planteado se manifiesta más intensa cuando tratamos con la modulación de sentencias. Por modulación de sentencias entendemos aquellos fallos del Tribunal Constitucional que traen en sí mismos normas, como cuando ordena al Legislador emitir una disposición, o aquel pronunciamiento de efectos retroactivos que tienen resultados directos sobre el patrimonio del particular. Es en este caso donde la función del juez contencioso-administrativo se atenúa, quizá hasta el punto de desvanecerse, por la misma intervención realizada por el juez constitucional.

Las razones en las que se basan las sentencias moduladas son dos: las primeras son las llamadas *razones constitucionales*, entre las que se encuentran el carácter abierto de las cláusulas constitucionales, la obligación misma de interpretar de conformidad con la Carta fundamental todo el ordenamiento, la observancia del pluralismo y el respeto al legislador democrático, que conducen a la presunción de constitucionalidad de la disposición salvo prueba en contrario, y a evitar, en consecuencia, su anulación, mientras pueda hallarse una interpretación conforme. Las segundas son las *razones ordinamentales*, las cuales se refieren a la seguridad jurídica, lo que implica evitar en lo posible la producción de lagunas,

7 Conseil d'Etat, sentencia del 14 de enero de 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, en *Recueil Lebon*, 25, Tomado de: Long, Marceau; Weil, Prosper; Braibant, Guy, Delvolvé, P. y Genevois, B., *Op. cit.* p. 217.

defender el principio de conservación de la ley siempre que la contradicción con la Carta no sea completamente evidente (Aragón, 1998 : 120).

De este modo, la modulación de sentencias deja atrás las concepciones clásicas en donde el único órgano que tenía competencia para producir normas jurídicas era el legislador (Escobar, 2003 : 6), de forma que el Tribunal Constitucional, en desarrollo de sus funciones, interpreta y muchas veces transforma el contenido normativo de la disposición objeto de controversia.

Sobre la modulación de sentencias, Rubén Hernández Valle (Hernández, 1994) ha propuesto la siguiente tipología: 1) sentencias aditivas; 2) sentencias de recomendación al legislador; 3) sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales; 4) sentencias de inadmisibilidad; 5) sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple; 6) sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial, y 7) sentencias aditivas distributivas. Estas serán objeto de explicación a continuación y se articularán con la experiencia nacional, junto a otros tipos de fallos que enriquecen nuestro debate. Para este fin, y de acuerdo al marco de investigación, agruparemos los tipos de sentencias mencionados según el impacto que tengan para la responsabilidad patrimonial. *Modulación de sentencias neutras respecto de la justificación de la acción reparatoria del juez administrativo. Persistencia del daño antijurídico pese a la intervención del Tribunal constitucional*

En esta tipología de sentencias encontraremos aquellas providencias que no afectan de manera alguna el patrimonio del asociado. Así, presentaremos dentro de este grupo a las sentencias aditivas (a), Sentencias de inadmisibilidad simple (b) y las sentencias de inadmisibilidad y anulación (c).

a) *Las sentencias aditivas, persistencia del daño pese a la invasión del Tribunal Constitucional en las competencias del legislativo*

234

La finalidad de estas sentencias es la transformación del significado de la ley bajo control, más que su eliminación o su interpretación conforme con la Constitución (Ahumana, 1994). De este modo, modifica el contenido de la disposición mediante la supresión de las normas que de esta se deriva, entendiéndose por norma aquella parte de una disposición que supone un proceso interpretativo por parte del operador jurídico.⁸

De gran desarrollo en Italia, la función creativa de los Tribunales Constitucionales es considerada como un estadio inevitable en la evolución de la jurisdicción constitucional. En este sentido, se sostiene que las Cortes Constitucionales desarrollan una función mediadora de conflictos sociales y políticos, por lo que

8 “La formulación gramatical o lingüística en la que se expresa un significado normativo; y por norma debería entenderse entonces el significado que se otorga u obtiene al interpretar la disposición” (Barrere, et. al., citado por Escobar, 2003).

las sentencias normativas o manipulativas aparecen como instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tales fines (Modugno, 1982; Elia, 1985). El profesor Vezio Crisafulli justifica las sentencias aditivas por cuanto las considera propiciadoras del despliegue de los efectos de las normas constitucionales, que queda obstaculizado por la ausencia de leyes (Crisafulli, 1994).

Este tipo de sentencias se ubica en una zona lindante entre las competencias propias del Tribunal Constitucional y las funciones que corresponden al legislador. Es evidente que el monopolio en la elaboración de la legislación es tarea del Legislador, sin que los tribunales puedan, en ningún caso, sustituir a los órganos de representación en la producción de normas primarias con efectos *erga omnes*. Pero, así mismo, los tribunales constitucionales son garantes de la Constitución, lo que los obliga a amparar cualquier violación, positiva o negativa, de sus mandatos (Hernández, 1994).

La clase de fallos en comento no presenta mayor inconveniente para la justificación de la declaración reparatoria por el juez contencioso-administrativo, debido a que consiste en una ampliación o limitación de la disposición legal; en caso de generar un perjuicio en cabeza de algún particular, la responsabilidad del legislador encontrará asidero en idéntico sentido al que presta en circunstancias de declaración simple de constitucionalidad. Por tanto, este tipo de sentencias no conducen precisamente a la prevención o reparación del perjuicio causado al sujeto de derecho; excepto -claro está- en el caso concreto que conduzca a la reparación del daño antijurídico y restablecimiento de las cargas públicas.

b) *Las sentencias de inadmisibilidad simple, reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional a la competencia del legislador y la insuficiencia en el fallo constitucional que justifican la acción reparatoria*

Por medio de las sentencias de inadmisibilidad, la Corte Constitucional italiana tiende a subrayar que “la desestimatoria no deriva de razones de mérito, sino más bien de una especie de incompetencia de la Corte Constitucional en relación con decisiones tan complejas que solo al legislador puede legítimamente corresponderle” (Luciani, 1994 : 240). Mediante la utilización de este tipo de sentencias, se declara un juicio negativo sobre el mérito de la norma legislativa, subrayando que ella, en definitiva, presupone la existencia de un vicio de inconstitucionalidad (Luciani, 1994).

En este sentido, la competencia exclusiva del legislador hace valedera la declaración de responsabilidad por el juez administrativo, entendiendo que su omisión, pese a la intervención del Tribunal Constitucional, sigue generando un perjuicio al individuo, de forma que la competencia exclusiva del legislador no limita en ningún sentido la acción reparatoria.

c) *Las sentencias de inadmisibilidad y anulación, el perjuicio a quienes han adquirido derechos de buena fe y la imposibilidad de su aplicación en Colombia*

Se trata de sentencias que son, al mismo tiempo, de inadmisibilidad y anulatorias. Esto es, fallos que tienen un efecto nocivo respecto de los recurrentes porque se declara inadmisibile al tratarse un asunto propio de la discrecionalidad legislativa, pero se anula el derecho otorgado en favor de los beneficiarios originales por considerarse un privilegio injustificado, violatorio del principio de igualdad (Zagrebelsky, 1994). Este tipo de sentencias tiene la dificultad de que puede perjudicar a personas que, sin haber recurrido ante el Tribunal Constitucional, pueden ven lesionados o disminuidos derechos adquiridos de buena fe, al amparo de una disposición del Legislador.

Estas sentencias justifican plenamente la acción reparadora, toda vez que en la Carta Fundamental colombiana se reconoce el respeto de los derechos adquiridos, de forma que no podrá restársele validez o exigibilidad a un derecho adquirido de acuerdo a las normas civiles. En este caso, la decisión del juez constitucional debería procurar la igualdad de los sujetos afectados en sentido positivo, de manera tal que niegue toda constitucionalidad a la restricción o privación de sus derechos a quienes de buena fe los hayan adquirido.⁹

Sentencias que limitan en un grado medio al juez administrativo. Acercamiento a la sustitución del juez administrativo por el juez de constitucionalidad

En este título disertaremos sobre la modulación de fallos que tienen la virtualidad de reparar el daño causado por el legislador, aunque su efecto normal no sea será este, teniendo en cuenta que ello depende del caso concreto. Las sentencias a las que haremos referencia serán aquellas que contienen recomendaciones al legislador (a) y providencias que declaran la nulidad parcial de una norma que vulneró el derecho a la igualdad (b).

a) *Las sentencias que contienen recomendaciones al Legislador, entre las recomendaciones y las órdenes, y una aproximación a la reparación del perjuicio por parte del juez de constitucionalidad*

Llamadas sentencias “apelativas” en España, “monito” en Italia y “Appellentscheidungen” en Alemania, dirigen recomendaciones al Legislador de cómo

9 Sentencia C-007 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “No podría ser de otra manera en un Estado Social de Derecho, dentro del cual la seguridad jurídica no impide cambios en las reglas de juego pero sí exige que éstos no se hagan arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas”.

debe legislar una determinada materia, o de cuándo debe hacerlo, de manera que se repare una inconstitucionalidad, ya sea por omisión legislativa o por falta de reconocimiento de un derecho (Hernández, 1994). Esta modalidad de sentencias puede llegar a usurpar la competencia del legislador, debido a que establecen modelos y criterios de cómo una determinada materia debe ser regulada para ser conforme con la Constitución. En Italia, particularmente, se ha terminado por llamarlas *sentenze-delegà* (Hernández, 1994 : 240).

Su eficacia ha sido casi nula (Hernández, 1994), por lo que en Italia han construido las denominadas *doppia pronuncia*, consistente en una sentencia original que otorga un plazo al legislador para que enmiende la contradicción de la ley con la norma constitucional. Si el legislador no cumple dentro de ese plazo, se dicta una segunda sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada (Díaz, 2001).

Este tipo de fallos pueden justificar la declaración reparadora del juez contencioso administrativo, cuando por virtud de este plazo no se expide la respectiva norma, siempre que ello entrañe un perjuicio indemnizable que con la expedición de la regla no se hubiera causado. Sin embargo, la segunda sentencia del Tribunal Constitucional que condiciona o modifica el contenido normativo de la disposición objeto de sanción por inconstitucionalidad podría generar la reparación de aquel derecho vulnerado por la norma, que será inconstitucional de no complementar la ley la disposición que fue reclamada por el Tribunal, de forma que la justificación de la acción reparativa estaría en entre dicho, salvo en algún caso de verificación en concreto. En otras palabras, la segunda sentencia que complementa o enmienda aquella norma inconstitucional puede por este hecho reparar el perjuicio causado por la norma o por el tiempo en que no haya reformado la regla así solicitada. Con todo, cabe impetrar la acción reparativa siempre y cuando persista el daño al sujeto perjudicado.

El Tribunal Constitucional Español ha utilizado con alguna frecuencia las advertencias, recomendaciones o apelaciones al legislador, acompañadas o no de la indicación de un plazo;¹⁰ llamados que podemos clasificar de la siguiente manera:

i) En primer lugar, estarían los supuestos en los que, tras señalar que la ley impugnada es inconstitucional, no procede a la declaración de inconstitucionalidad. En vez de esto, realiza una apelación al Legislador para que regule la materia, indicando en su caso un plazo para dicha regulación.

ii) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional apela al legislador para que corrija una laguna que acaba de crear el Tribunal con la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, o de alguna parte del mismo.¹¹

10 Por ejemplo las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, FJ. y Sentencia 68/1996, de 18 de abril, FJ. 11 (Hernández, 1994).

11 Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, FJ. 12.

iii) El tercer evento se produce en el caso en que, durante la vigencia del recurso previo de inconstitucionalidad, el alto Tribunal declara la inconstitucionalidad de un precepto, indicando que el Legislador debe proceder de nuevo a regular sobre el asunto declarado inconstitucional e, incluso, permitiéndose aconsejar cuál podría ser el contenido de la nueva regulación (Hernández, 1994 : 240).

iv) En cuarto lugar, las recomendaciones al Legislador no son consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, sino que, a pesar de entender que la ley es conforme a la Constitución, se considera que la regulación es perfectible, o aún más acorde con la Carta fundamental.

En suma, en opinión del profesor español Díaz Revorio, las apelaciones al legislador o el establecimiento de plazos solo parecen tener sentido frente a las omisiones legislativas. Este tipo de providencias pretenden que la Corte Constitucional emita algunas recomendaciones al Legislador, por cuanto la norma demandada no es inconstitucional en sí misma, pero requiere ser perfeccionada para considerarse una adecuada expresión del poder legislativo. Desde la experiencia portuguesa, la cual crea un control abstracto de inconstitucionalidad por omisión, el autor Rubén Hernández Valle las explica como supuestos en los cuales al Tribunal Constitucional de ese país le corresponde únicamente verificar si se ha producido un incumplimiento inconstitucional como consecuencia directa de no haberse adoptado las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los mandatos de la Carta Política. La sentencia estimatoria, en esta práctica, es meramente declarativa y se dirige a probar la inconstitucionalidad por omisión y a informarlo al legislativo para que este tome las medidas normativas requeridas (Hernández, 1994 : 240).

Esta práctica aparece bastante respetuosa de la libertad de configuración legislativa, por cuanto señala únicamente en qué sentido la omisión es inconstitucional y, por tal motivo, le remiten esa comprobación al legislador. Sin embargo, su eficacia parecería ser bastante dudosa.

Otras experiencias como la española, italiana y alemana se acercan a una práctica de activismo judicial más intensa, por cuanto manifiestan la inconformidad de la omisión legislativa con la Carta y dirigen recomendaciones al Legislador de cómo debe regular una determinada materia o de cuándo debe hacerlo de advertirse una inconstitucionalidad por omisión legislativa.¹²

Como podemos apreciar de la doctrina citada, la diferencia entre la exhortación hecha al legislador por parte del Tribunal Constitucional y sus recomendaciones es difícil de apreciar. Su punto más débil es la innecesaria limitación a la libertad de configuración legislativa, pues del contenido de la sentencia

12 Corte Constitucional y Sentencia C-247 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C-285 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

de constitucionalidad se puede verificar alguna recomendación o limitación al desarrollo normativo posterior.

Desde nuestra práctica, la utilización de esta tipología de fallos es escasa tratándose de omisiones legislativas, y de ellas no es posible extraer un caso interesante para el presente estudio. Con todo, la pregunta que surge sobre este tipo de providencias puede girar en torno a la cuestión que hemos intentado desarrollar con este texto: ¿puede considerarse entonces, de algún modo, que la omisión declarada inconstitucional es un indicio que permite construir la responsabilidad del Estado legislador?

La respuesta es negativa desde nuestro análisis. Un pronunciamiento de la Corte Constitucional no puede ser un requisito o una premisa que nos conduzca a la deducción necesaria, aquella en la que el Estado Legislador es responsable porque no siguió las recomendaciones de la Corte. Realmente, lo que podemos sostener es que el Estado es responsable porque el legislador dejó de desarrollar las normas que exigen la Constitución o el derecho para su operatividad, sin que el pronunciamiento de la Corte sea un requisito o un medio que permita sostener la imputación de responsabilidad en el legislador. Por tanto, su utilidad en todo sentido resulta descartada.

Lo antedicho puede constatar en la práctica del derecho colombiano. En efecto, la Sentencia C-473 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero,¹³ es un ejemplo de esto. En la mencionada providencia se demanda la omisión del legislador en la regulación al derecho a la huelga que exige el artículo 56 de la Carta. En el fallo, la Corte señala que leyes como la 100 de 1993 y la 142 de 1994 lo restringen para estos servicios llamados esenciales. Sin embargo, no constituyen como tal un reglamento que este derecho requiere. Entonces, la Corte expone como “vital que el Congreso”, en un plazo “razonable”, expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea adecuada a la Constitución, por lo cual exhortó en tal sentido al legislador.

La legitimidad del fallo se sostiene por la Corte en la siguiente aseveración: “el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales”. Pero a su vez, la protección del derecho de los trabajadores y de los usuarios, así como el “carácter normativo de la Constitución” permitieron a la Corte efectuar este exhorto.

Esta sentencia confirma exactamente nuestras objeciones respecto a la efectividad de este tipo de providencias. Lo primero que mencionamos es su evidente reflejo de la doctrina española en el tema, con todos los inconvenientes que esto supone. Segundo, las dudas sobre la vinculación del legislador a

13 La Corte cita a Schneider (1991) y al Tribunal Constitucional Español, Sentencia S-124/84 del 18 de diciembre de 1984, Fundamentos 7 a 10.

estos tipos de decisiones se han concretado en la medida en que hasta hoy en día, no existe ley alguna que reglamente el derecho constitucional a la huelga. Vemos también en esta providencia una importante preocupación del Tribunal Constitucional por legitimar su decisión, acudiendo justamente a la inversión del argumento mismo de legitimidad democrática, señalando entonces que la Carta obliga a todos los poderes constituidos y, por otro lado, que este tipo de providencias conservan la competencia legislativa en la rama del poder de representación popular.

Un escenario más sugestivo e interesante lo constituye la Sentencia C-221 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que se demanda el Artículo 233 del Decreto 1333 de 1986 porque éste le permitía a los municipios gravar la explotación de arena, cascajo y piedra del lecho de los ríos, contrariando el Artículo 360 de la Constitución. En esta providencia, la Corte exhorta al Congreso en los siguientes términos:

Exhortar al Congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 360 de la Constitución, y con la libertad democrática que le es propia, defina en un plazo de cinco años, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no está sujeta al pago de la contraprestación exigida por la norma constitucional. Expedida durante este término la correspondiente norma legal, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será inexecutable, en caso de no haber sido derogado por la ley. Cuarto: Una vez expirado el término señalado de cinco años, y en caso de que Congreso no haya establecido el correspondiente régimen de regalías para la extracción de la arena, el cascajo y la piedra del lecho de los ríos, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será Inexecutable, en el entendido de que entonces la extracción de la arena, las piedras y el cascajo de los ríos queda sometida al régimen general de regalías definido por el artículo 18 de la Ley 141 de 1994.

El fallo hace una interesante combinación entre la directriz al Congreso para que expida una ley que defina el régimen de regalías para estos recursos naturales no renovables y la cesación de los efectos de la inconstitucionalidad por un término determinado, para no afectar los intereses de la Nación con la supresión de esta norma. Ni más ni menos.

Ahora, como lo señalamos anteriormente, este tipo de plazos son efectivamente inocuos, pues jurídicamente la Corte no cuenta con un mecanismo adecuado que procure hacer valer la exhortación sentenciada. Su eficacia depende realmente del compromiso del Legislador con el tema tratado por la norma y de los intereses gremiales relevantes para este tipo de debates. Con

todo, el legislador expidió, cuatro años después de esta sentencia, la Ley 685 de 2001, el Código de Minas, que en su artículo 3º estipula que dicho Código consagra las reglas y principios que desarrollan los mandatos de los artículos 25, 80, 330, 332, 334, 360 y 361 de la Carta en relación con los recursos mineros, de forma “completa, sistemática, armónica y con sentido de especialidad y aplicación preferente”. Pese a lo anterior, no es dable sostener que este Código fue expedido por causa de la sentencia mencionada, pero algunas dudas nos quedan al respecto.

Por su parte, la Sentencia C-146 de 1998 se aparta de la línea antes desarrollada por la Corte en lo que respecta a la exhortación al legislador para el desarrollo de derechos constitucionales. Incluso, niega la competencia de la Corte para solicitar que el legislador expida determinada norma. Este fallo se pronuncia en el marco de la omisión legislativa relativa a la intención del demandante de obtener la actualización o nivelación de su pensión de jubilación, reconocida en el año de 1992, debido a que él ya había adquirido su derecho a la pensión con base a un ingreso base de liquidación desactualizado, cuya vigencia había cesado con la Ley 100 de 1993, norma en la que dispuso que el salario base de liquidación pensional sería actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor. En este caso, la Corte expuso su falta de competencia “para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido; ni para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas”:

[...] por la vía de control de constitucionalidad no es posible normatizar de manera general sobre la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales. Esta función no ha sido asignada por el constituyente a este Tribunal, y menos aún para ordenar esta aplicación extensiva con efectos retroactivos, como pretende el demandante.

En consecuencia, podemos evidenciar que nos encontramos ante una providencia que aparentemente se distancia de la línea jurisprudencial, pero quizá esta discrepancia obedece al planteamiento de inconstitucionalidad propuesto por el demandante, pues este en el libelo manifestó un evidente interés particular. Un fallo favorable hubiera conducido a la Corte a realizar un ajuste retroactivo a las pensiones adquiridas antes de la Ley 100 de 1993, pero una decisión de tal resorte llevaría a una desigualdad mayor a la percatada con el régimen de transición que establecía dicha ley, entendiéndose que quienes adquirieron sus derechos pensionales con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 gozaban de regímenes más favorables que no exigían el concurso de la edad y las semanas cotizadas, como sí lo hacía la ley referenciada. En otras palabras, una sentencia

de constitucionalidad retroactiva hubiera generado un privilegio adicional para quienes ya adquirieron el derecho de pensión.

Contextualizando la providencia citada, entendemos por qué la Corte aparentemente se aparta de la línea jurisprudencial que permite al Tribunal Constitucional exigir la expedición de normas esenciales para el ejercicio de ciertos derechos constitucionales. No obstante, no podemos considerar que se trate efectivamente de un distanciamiento o incluso de una autorestricción de la Corte, debido a que, desde la argumentación de la demanda de inconstitucionalidad, la sentencia no podría haber sido resuelta en otro sentido.

b) Las sentencias que declaran la nulidad parcial de una norma en relación con la violación del principio de igualdad, y entre la reparación directa del daño antijurídico por el Tribunal constitucional o la responsabilidad del Legislador

Se trata de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma “en cuanto [...]” prevén o no prevén un derecho en favor de un grupo de personas o en perjuicio de otros. Situación ésta que se produce en aquellos casos en que la ley, regulando algunos supuestos, omite otros sustancialmente o cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la norma en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc. Sin embargo, el principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamiento esté justificada y sea razonable (Ahumada, 1994 : 245).

Estas providencias, en consecuencia, anulan la norma impugnada en la medida en que su regulación beneficia o perjudica exclusivamente a determinada categoría de sujetos, por motivos no justificados ni razonables, debido a que tal exclusión o discriminación implica una clara violación del principio de igualdad.

Los Tribunales Constitucionales tienen entonces dos opciones: o crean la norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los inconstitucionalmente excluidos, con lo cual dictan una sentencia aditiva; o bien dejan que sea el legislador el que enmiende la omisión inconstitucional. En el primer caso, la acción reparadora se encuentra por completo excluida, toda vez que es el propio Tribunal el que da satisfacción a la violación del principio de igualdad y al quebrantamiento del equilibrio de las cargas públicas. En el segundo evento, la exclusión de la reparación no parece muy clara, debido a que la sentencia por sí sola no remedia la omisión no razonable o injustificada, pero al vincular al Legislador, podría este asumir directamente la reparación, con una norma retroactiva incluyente de aquel grupo social segregado; evento que eliminaría todo perjuicio indemnizable.

En el caso contrario, si el legislador no asume, o asume incorrectamente la corrección de la exclusión inconstitucional, la acción reparadora será adecuada y justificada para reparar aquel daño causado por esta ocasión.

Limitación absoluta a la justificación de la acción reparatoria. Apropiación plena de la reparación por el Tribunal Constitucional

Los fallos modulados a los que nos referiremos a continuación tienen por resultado la reparación directa por parte del Tribunal Constitucional, restringiendo por completo cualquier intervención posterior del juez administrativo. Se trata de las sentencias con efectos retroactivos (a) y las providencias aditivas distributivas (b).

a) Las sentencias anulatorias simples en que se dimensionan los efectos temporales y los efectos retroactivos de la cosa juzgada constitucional que reparan directamente el daño antijurídico

En la mayoría de las legislaciones, incluida la colombiana,¹⁴ los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad son *ex tunc*, es decir, son sentencias declarativas que producen efectos retroactivos. Cuando se dictan sentencias anulatorias de tributos que se han pagado por los contribuyentes, los efectos retroactivos de aquéllas pueden producir dificultades en las finanzas públicas, pues el Estado se vería obligada a rembolsar aquellas sumas de dinero ilegítimamente recaudadas (Hernández, 1994).

En este enunciado, el fundamento mismo de la declaración reparatoria del juez contencioso administrativo desaparece, debido a que la misma sentencia del juez constitucional ha generado, por los efectos de su decisión, la reparación de los perjuicios causados por la ley que es declarada inconstitucional.

El profesor Rodolfo Arango ofrece una interesante justificación a esta forma de condicionamiento judicial de la constitucionalidad de la norma que contiene alguna omisión. Usualmente, la omisión legislativa relativa conduce a que el Tribunal Constitucional constate una acción parcial del Estado que puede ser inconstitucional porque la base normativa de las prestaciones ha sido concedida de forma incompleta debiendo desaparecer por la declaración de inexecutable de la Ley. No obstante, la vulneración de derechos adquiridos con base en la ley declarada inexecutable por omisión haría imposible esta decisión judicial. Luego, podría ser más adecuado o “razonable” fijar un plazo en el que la autoridad pública complete su comportamiento mediante normas positivas, en cuyo caso de no hacerse, el Tribunal Constitucional extenderá la medida legislativa original al grupo excluido del beneficio que le traería la norma.

La práctica alemana ha decantado el concepto de la mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) entre la ley y la Constitución. Este consiste en un tipo de fallos

¹⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 055 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

que no declaran la nulidad de una ley incompatible con la Constitución,¹⁵ de modo que la norma conserva su validez, aun cuando es contraria a la Carta, porque aún no son verificables los supuestos de inconstitucionalidad. Pero teniendo en cuenta que más adelante generará incompatibilidad con los mandatos superiores, el Legislador debe dar algún remedio adecuado para no generar los daños futuros porque una sentencia de inconstitucionalidad con efectos de nulidad inmediatos podrían generar un perjuicio mayor.

Su *mise-en-scène* solo se justifica desde la omisión legislativa relativa, si tenemos en cuenta que este tipo de sentencias trata de dar respuesta a los supuestos en que la ley no incluye arbitrariamente a cierta categoría de sujetos en una situación de ventaja que la misma prevé. Su fundamentación en este caso obedece no necesariamente a un respeto por la voluntad y la libertad de configuración legislativa, sino a que en estos supuestos la declaración de inconstitucionalidad de la ley podría crear una situación más incompatible con la Constitución que la existente con la aplicación de dicha ley.

Entonces, la práctica alemana ha extendido la vigencia de una norma más allá de su inconstitucionalidad, cuando la exclusión del ordenamiento jurídico supone una situación aún más contraria a la Constitución, o a pesar de que en el momento no pareciera verificarse la inconstitucionalidad de la norma, sea muy posible que en el futuro se produzca esta violación a la disposición fundamental. Este último es el caso en el que el Tribunal Constitucional alemán señaló que las circunscripciones electorales definidas por el Legislador eran inconstitucionales a causa de los cambios en las cifras de población, hecho que hizo inconstitucional a la Ley. Empero, consideró el Tribunal, aun cuando la situación era todavía aceptable para la elección que acababa de realizarse; en todo caso, el legislador habrá de adoptar una nueva regulación para poner remedio a la posterior situación lesiva.

244

Desde nuestra experiencia, la Sentencia C-221 de 1997 constituye un hito bastante interesante. Como lo mencionamos con anterioridad, este fallo mezcló una exhortación al legislador para que este remediara la regulación omisiva relativa a las regalías de recursos naturales no renovables, pero optó por mantener una situación que, pese a ser inconstitucional, lo era menos si mantenía un impuesto, pues los explotadores de estos recursos reconocerían, en todo caso, unos recursos específicos a favor del Estado por la explotación de unos recursos pertenecientes a la Nación. Lo anterior permitió a la Corte legitimar su decisión, obligando al Legislador a reparar el vacío normativo que

15 Díaz Revorio, señala que la práctica alemana hace habitual este tipo de sentencias, partiendo de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, que “tras su reforma en 1970, permite (parág. 31.2) declarar una ley compatible con la Ley Fundamental, incompatible o nula. No se deduce como consecuencia ineludible que una ley incompatible con la Constitución haya de ser declarada nula, aunque ésta será la solución en vía de principio (v. arts. 78 y 95.3 BVerfGG)” (Díaz, 2001 : 91).

se provocaría en cinco años a partir de los efectos que la Corte le otorgó a su fallo y, a su vez, dio lugar a la conservación *temporal* de la norma; dado que su exclusión hubiera provocado que los individuos extrajeran recursos naturales no renovables sin compensación alguna para la Nación.

No obstante, la Corte Constitucional explica el alcance y la razón de ser de este tipo de modulaciones de la Sentencia de constitucionalidad en el fallo C-737 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, al exponer que:

[...] una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento.

Porque “la expulsión automática de la disposición ocasionaría una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales”.

Esta sentencia tiene varias particularidades que motivaron la decisión. Primero, la inconstitucionalidad de la norma obedeció a vicios en el procedimiento legislativo, debido a que la norma demandada, la Ley 619 de 2000, fue tramitada violando disposiciones mínimas del proceso legislativo y debate, en cuanto el ponente eliminó dos de los tres artículos aprobados en Cámara y los reemplazó por 23 nuevos provenientes del proyecto 158/99, que había sido ya había sido negado por el Congreso. El segundo, porque la Ley 619 de 2000 reglaba lo atinente a las regalías causadas por la explotación de recursos naturales no renovables de municipios y su correspondiente distribución.

En este debate resulta evidente la concurrencia de gremios (explotadores de esmeraldas, piedras y metales preciosos) e intereses nacionales (explotación de recursos naturales no renovables) que llegan a permitir la libertad de suponer que hubo una importante presión sobre el alto Tribunal. De ahí su extenso esfuerzo argumentativo que se refleja en la vasta sentencia, dentro de los cuales se destacan el desarrollo del “principio de instrumentalidad de las formas”, postulado que hace más exigente la demanda de inconstitucionalidad por estos vicios. Incluso, llama la atención el amplio debate que se presenta en la sentencia en torno al principio señalado, concluyendo que, en todo caso, la norma era evidentemente inconstitucional.

En el tema que hemos desarrollado sobre la responsabilidad del Estado Legislador, debemos resaltar que en este caso concreto, la sentencia de inexecutable condujo principalmente a la prevención de perjuicios mayores a los que hubiera causado la inconstitucionalidad de la norma. Evidentemente, el Estado no incurrió en sacrificios fiscales que habrían significado la explotación de recursos naturales no renovables sin contraprestación a la Nación.

La última Sentencia a la que haremos referencia es la C-141 de 2001, M. P. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte difirió los efectos del fallo con

un plazo determinado. En esta providencia se decidió la constitucionalidad del Decreto 2274 de 1991 porque organizaba, de forma permanente a las intendencias como tales, en la medida en que cumplieran con ciertas características. La relevancia del fallo se verifica porque la misma providencia soluciona la situación inconstitucional en cuanto, señala el Tribunal:

[...] pues si la norma acusada es declarada inexecutable, entonces esa decisión genera un vacío legal traumático, pues los espacios territoriales, que hoy son corregimientos departamentales, quedarían sin ningún régimen jurídico que les fuera aplicable. Así, no podrían continuar siendo corregimientos, ya que la disposición que permitía esa figura ya no haría parte del ordenamiento; pero tampoco esos corregimientos se convertirían en municipios, por cuanto requerirían un régimen particular, y eventualmente una nueva categorización de los municipios. Así las cosas, la Corte concluye que la norma impugnada es inconstitucional, pero que no procede retirarla del ordenamiento, debido a los efectos inconstitucionales de esa determinación.

En este caso, el régimen se hizo inconstitucional en la medida en que se dispuso como permanente. De esta manera, la Corte decidió por sí misma los efectos temporales que debería tener la norma acusada, de modo que preservó su vigencia hasta el momento en que sus efectos admitieran un régimen de transición, en el que se permitiera a las Intendencias convertirse en municipios y otorgar a sus pobladores el derecho a elegir directamente a sus representantes, debido a que el intendente era un comisionado del gobernador.

La posición de la Corte resulta controvertida en cuanto ha instaurado una “medida de contención” –por llamarlo de alguna manera–, al señalar un efecto subsidiario al incumplimiento del Legislador; sin embargo, parecería un interesante mecanismo de coerción para las omisiones legislativas persistentes luego de la sentencia de constitucionalidad que difiere sus efectos a la espera de una respuesta legislativa. No obstante, la técnica no resulta tan adecuada si tenemos en cuenta la tecnicidad del tema y los elementos adicionales a considerar desatados por asuntos de organización territorial. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, el daño se manifiesta bastante dudoso debido a que las razones de la inexecutable era la privación del derecho a elección de los agentes de representación local que gozan los municipios. Con todo, el lucro cesante podría llegar a ser representativo, en cuanto un municipio participa de mayores recursos del presupuesto general que una Intendencia.

Como pudimos ver, este tipo de modulaciones pueden dar lugar al remedio de omisiones o situaciones de desigualdad, en las que se excluye a un grupo de sujetos de derecho que deberían haber sido incluidos en la ley. Sin embargo, sus

efectos son más adecuados para la prevención del daño causado por la omisión legislativa que para su reparación y, con mayor razón, cuando el efecto de la sentencia queda suspendido en el tiempo.

No obstante, el verdadero generador de reparación desde la inconstitucionalidad de la norma se observa en la sentencia C-149 de 1993. El juez constitucional se vio obligado a descubrir la verdadera naturaleza de una contribución altamente gravosa que aparentaba, por su título, una inversión, pero que en realidad resultaba ser un tributo. La norma declarada inconstitucional autorizaba al Gobierno Nacional a emitir títulos de deuda pública interna, llamados Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), cuyo objetivo era el de financiar la seguridad nacional, los programas de reinserción para la paz, y otros objetivos que se enmarcaran dentro de la política económica del país. No obstante, la norma señaló que las personas jurídicas y naturales que en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a \$7'000.000 o su patrimonio bruto, a 31 de diciembre del mismo año, hubieren sido superiores a \$30'000.000, debían efectuar durante el segundo semestre de 1992 una inversión forzosa en bonos BDSI.¹⁶

16 Disponía la Ley 06 del 30 junio 1992:

Artículo 16: Autorízase al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda pública interna hasta por una cuantía de doscientos setenta mil millones de pesos (\$270.000'000.000), denominados "Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI).

Los recursos de la emisión de los Bonos de que trata la presente autorización, se destinarán a financiar gastos generales y de inversión de la Nación, cuyo objetivo sea la seguridad nacional, los programas de reinserción para la paz, y otros objetivos que se enmarquen dentro de la política económica del país.

Para la emisión de los "BDSI" que por la presente ley se autoriza sólo se requerirá:

A. Concepto de la Junta Directiva del Banco de la República, sobre las características de la emisión y sus condiciones financieras.

B. Decreto que autorice la emisión y fije sus características financieras y de colocación.

Artículo 17. Las personas jurídicas, y las personas naturales que en el año de 1991 hubieren obtenido ingresos superiores a \$7'000.000 o su patrimonio bruto a 31 de diciembre del mismo año hubiere sido superior a \$30'000.000, deberán efectuar durante el segundo semestre de 1992, una inversión forzosa en Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI).

Para el único efecto de determinar el monto de la inversión forzosa, los obligados a efectuarla aplicarán el 25% al impuesto de renta, que debieron determinarse en la declaración de renta y complementarios que estaban obligados a presentar durante el año 1992.

Los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI) se redimirán por su valor con el pago de impuestos, retenciones, sanciones y anticipos durante el año 1998.

La suscripción de dichos Bonos se realizará en la forma y dentro de los plazos que señale el Gobierno Nacional.

Parágrafo 1º. No estarán obligados a efectuar la inversión forzosa establecida en este artículo, los asalariados y los trabajadores independientes, cuyos ingresos brutos obtenidos en 1991 provengan por lo menos en un 80% de pagos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria, o en

Como podemos ver, la norma creó una inversión forzosa para quienes hubieren alcanzado ciertos ingresos o patrimonio, de forma que la naturaleza jurídica de esta inversión se hizo dudosa. Resultó igualmente difícil considerar que una inversión pudiera ser forzosa, pues cualquier inversión supone la intención de un sujeto de dirigir su esfuerzo económico a una actividad o título que represente alguna utilidad. Junto a este problema, encontramos además la destinación de la inversión, bastante ambigua y de interés general, sin mencionar su apropiación al presupuesto nacional.

La ley parecería, como lo señala la Corte Constitucional, consagrar un empréstito interno, en la medida en que creó sobre las personas privadas sometidas a la ley tributaria colombiana la obligación de suscribir cierta cuantía en bonos, emitidos por el Gobierno Nacional y redimibles en un término de 6 años. Estas características expuestas condujeron a la Corte a concluir que se trata de un impuesto, una erogación dineraria a favor del Estado, que se incluye en el presupuesto con destinación general. Por este motivo, encontró la Corte Constitucional que:

[...] las normas atacadas crean en realidad un impuesto por cuanto, prescindiendo totalmente de la voluntad de los sujetos pasivos –que sería natural en el caso de celebrarse un contrato de empréstito– establecen a cargo de ellos la obligación de trasladar a favor del Estado una suma de dinero calculada sobre las mismas bases y por el mismo periodo de un tributo. Lo es, además, porque el traslado de tales recursos al tesoro público es definitivo.

Así, la Corte descubrió los efectos del tributo y la forma en la que determinó la base gravable fundada en situaciones que ya se habían consolidado. De este

248

honorarios, comisiones o servicios, respectivamente, que no sean responsables del impuesto sobre las ventas y que cumplan las siguientes condiciones adicionales:

1. Que el total de sus ingresos brutos en 1991 hubieren sido iguales o inferiores a \$21'000.000, y
2. Que su patrimonio bruto a 31 de diciembre del mismo año no hubiere sido superior a \$30'000.000.

Parágrafo 2º. Si la autorización de que trata el artículo 16 no fuere suficiente para cubrir la inversión forzosa establecida en este artículo, ésta podrá cumplirse en Títulos de Tesorería, TES, de que hablan los artículos 4º y 6º de la ley 51 de 1990, que se emitirán y colocarán en las mismas condiciones que los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI).

Parágrafo 3º. Los Títulos de Tesorería, TES, no contarán con la garantía solidaria del Banco de la República, sus intereses se atenderán con cargo al presupuesto nacional, podrán ser administrados directamente por la Nación y su emisión sólo requerirá las condiciones señaladas en el artículo anterior.

Artículo 18: A las contribuciones especiales y a la inversión forzosa, establecidas en este capítulo, les son aplicables en lo pertinente, las normas que regulan los procesos de determinación, discusión, cobro y sanciones contempladas en el Estatuto Tributario y su control estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos Nacionales.

modo, arribó a la conclusión de que el legislador había creado un impuesto con carácter retroactivo, en cuanto operó respecto de situaciones ya consolidadas.

Para justificar los efectos retroactivos del fallo, la Corte acude al derecho civil, para aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa o injusto a la percepción de sumas dinerarias por fuera del ordenamiento constitucional y legal vigente. Así, el Tribunal señaló que:

Teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial, se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes.

Este reintegro resulta razonado en la medida en que, siendo la suscripción de los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna contraria a la Carta, se tendría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos que disponga la ley tributaria.

Como hemos podido observar, la decisión de constitucionalidad estudiada suprime el daño ocasionado al asociado con ocasión a la ley declarada inexecutable, considerando que esta decisión supuso la devolución de las obligaciones tributarias canceladas por el individuo a favor del Estado. Para el autor Luís Felipe Botero, esta decisión del Tribunal Constitucional de reparar perjuicios particulares, mediante los efectos retroactivos de la sentencia de constitucionalidad, se consolidó como una forma de reparación “ideal para los intereses de las víctimas, pero lo cierto es que ha quedado sepultado en las profundidades del inconciente de nuestro juez constitucional” (Botero, 2007 : 207). Con esta idea, se afirma, se perfilaba una “sana línea jurisprudencial” dirigida a limitar la potestad tributaria disfrazada de inversiones forzosas, que además ordenaba directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito público a realizar las devoluciones correspondientes.

No obstante, esta decisión no es realmente un “sueño”, como la llama el profesor Botero, por varias razones. Primero, la sentencia de la Corte Constitucional no constituye un medio procesal eficiente que faculte al individuo para acudir directamente a la administración que “alivie las cargas procesales de los afectados, que ya no tenían que seguir la engorrosa vía judicial de la reparación directa” (Botero, 2007 : 207); segundo, la sentencia no supuso la reparación total del perjuicio. La lectura atenta de la parte resolutive y la *ratio decidendi* de la sentencia no ordenan la reparación correspondiente al traslado de recursos líquidos al Estado. Dejar cesante cierta cantidad de dinero a favor de otro sujeto

de derecho supone normalmente, la percepción de “frutos civiles” o intereses (Ospina, 1998 : 125). La Corte nada menciona al respecto.

Podríamos pensar además el perjuicio por el costo de oportunidad que supone deponer una cantidad de dinero. Las inversiones y negocios jurídicos que se desistieron por causa de este tributo podrían significar también la obligada restitución de patrimonios particulares. La dificultad de este punto radicaría en la prueba de un daño altamente eventual. El coste de oportunidad es indemnizable por fuera de los frutos civiles, pero a la vez, el problema de demostrar el perjuicio concreto en razón de las actividades económicas que se dejaron de desarrollar no es fácil de superar. Esto no quiere decir que sea imposible, en ciertas circunstancias: la prueba podría dar lugar a la reparación.

La sentencia analizada nos permite evidenciar que el Juez Constitucional, en este caso concreto, no resultó del todo garantista, ni reflejó un ideal para los intereses de las víctimas. 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 unos 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 se exime de cualquier obligación de estudiar casos concretos en los debates de constitucionalidad respecto a las leyes.

El traslado de la teoría del enriquecimiento sin causa al derecho público no parece muy adecuado ni resulta exitoso para la restitución del patrimonio afectado, como la figura civil lo pretende.¹⁷ Sin embargo, el juez administra-

17 Sobre este traslado ver también la Sentencia C-796 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Providencia que conoce la constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 47 de la ley 448 de 1998 que disponía: “Para efectos del impuesto sobre las ventas se entiende por camperos, los vehículos con tracción en las cuatro ruedas, funciones de bajo manual automático y altura mínima de la carcasa de la diferencial trasera al suelo de 200 mm, sin importar si el chasis es independiente o no de la carrocería. Cuando los responsables hayan liquidado y cobrado una tarifa superior a la vigente del veinte por ciento (20%), no habrá lugar a devolución de impuestos”. En esta providencia se señaló: De la lectura del texto censurado surge claramente que se está reconociendo por el texto enjuiciado un tributo distinto al legalmente previsto, cuando se autoriza el error como fuente de la obligación y a pesar de ello no se permite evitar el enriquecimiento sin causa. Y ese enriquecimiento vulnera igualmente el derecho de propiedad del contribuyente (Art. 58 C.P.), que salvaguarda desde luego la Constitución, porque afecta su patrimonio al menos en la misma

tivo conseguiría hacer uso de esta teoría con resultados más satisfactorios, en cuanto podría tener en cuenta elementos probatorios concretos que permitan indemnizar integralmente al individuo.

Lo anterior no quiere decir que habiéndose desarrollado así la reparación patrimonial por la Corte Constitucional, esto haya privado al juez administrativo de su competencia para reparar el patrimonio individual afectado. Este conserva dicha facultad aunque el juez Constitucional mitigó el daño, pero en cada caso concreto, podrían haberse sostenido pretensiones de indemnización por los intereses, indexación y el coste de oportunidad a los que se vieron sometidos los asociados.

Con todo, el gobierno expidió el Decreto 841 de 1993, “Por el cual se adoptan medidas para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional”. Esta norma, en el artículo 4º, estableció la opción a los tenedores de los Bonos de cancelar sus obligaciones tributarias mediante el mecanismo de la compensación, previéndose también el no cobro de intereses moratorios exigibles al momento de suscribir los Bonos sobre las deudas que se compensen a los contribuyentes, como tampoco los exigibles hasta la fecha de la compensación, así como otras medidas y alternativas a efecto de concretar el modo como se daría cumplimiento al fallo de la Corte Constitucional.

Justamente, este es el caso de la Sentencia del 15 de agosto de 1997,¹⁸ donde la Sección Cuarta del Consejo de Estado conoció de la pretensión interpuesta por la Occidental de Colombia, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que controvirtió los actos administrativos que resolvieron una petición de compensación de la corrección monetaria generada en la suscripción de Bonos de Desarrollo Social y Seguridad Interna. Las pretensiones de esta demanda consistieron en la devolución y compensación de la suma de \$1.385'937.935 generada por la pérdida del poder adquisitivo del dinero entre el 14 de agosto de 1992 y el 2 de junio de 1993 y por la suscripción de \$8.237'852.000 en los denominados Bonos BDSI, creados por la Ley 6ª de 1992 declarada inexecutable por la sentencia C-149 de 1993.

En este asunto, la División de Recaudación de la Administración de Grandes Contribuyentes de Bogotá, negó la solicitud anterior por considerar que la sentencia C-149 de 1993 –a la que hemos prestado bastante atención– ordenó el reintegro de la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la suscripción de los bonos, pero no se refirió al reconocimiento de intereses o corrección monetaria a favor de los suscriptores. Consideró la División que al no existir

proporción en que el Estado se enriquece, enriquecimiento que resulta ilícito aún, como ocurre aquí, con motivo de un error del sujeto pasivo. Tal como está concebido el texto acusado el Estado se estaría aprovechando, sin causa válida, de esa equivocación.

18 C.E., Sentencia del 15 de agosto de 1997, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV, Consejero Ponente: Julio E. Correa Restrepo, Exp. 8348, Actor: Occidental de Colombia INC.

disposición normativa, ni orden judicial alguna que impusiera la obligación de reintegrar las sumas adicionadas con intereses moratorios, no era viable acceder a la petición.

Por ende, la Administración, aprovechando la omisión de la Corte Constitucional que mencionamos con anterioridad, alegó la falta de disposición de carácter legal o pronunciamiento jurisdiccional que la autorizara para efectuar el ajuste monetario reclamado. En este sentido, el juez administrativo señaló que la sentencia C-149 de 1993:

[...] no es una sentencia condenatoria, sino un fallo declarativo constitutivo de un derecho, lo último por cuanto de él surgió la obligación de reintegro de la “inversión forzosa”. No obstante dicha orden en manera alguna puede tornar la sentencia en condenatoria, esto es, no puede admitirse tal naturaleza y conforme a ello, dar aplicación al artículo 178 del C.C.A., reservado para la liquidación de condenas.

No obstante, con el fin obtener el reintegro ordenado, la sociedad se acogió a la opción de compensación contemplada en el Decreto 841 de 1993, por lo que la Administración restituyó la suma recaudada mediante tal mecanismo de la compensación. Por tanto, la pretensión fue negada, en la medida en que el acto administrativo se instituyó en la sentencia de la Corte y en el Decreto citado. Esto condujo al Consejo a señalar que el ente público actuó observando las disposiciones contenidas en el Decreto, que fue dictado especialmente para dar cumplimiento al fallo constitucional.

Con base en esta construcción argumentativa, el Consejo de Estado encontró que el fallo de inexecutable decidió y definió un “restablecimiento del derecho” mediante la orden al Ministerio de Hacienda del reintegro de las sumas recaudadas; y en esas condiciones, los actos que produjera la Administración serían necesariamente de cumplimiento. Producido el fallo de la Corte, a la Administración le correspondía cumplir estrictamente las decisiones en él contenidas y a la jurisdicción efectuar el examen de legalidad de los actos que concretaran el derecho reconocido, cuyo cumplimiento debía efectuar dentro de sus precisos marcos.

Como vimos, el Alto Tribunal consideró que la corrección monetaria no pudo ser objeto de restablecimiento, por cuanto la obligación de reparación no solo debe surgir “nítidamente” de los considerandos del fallo, sino que además es necesario que en la parte resolutive de la sentencia se evidencie el fundamento jurídico de la devolución y su alcance. Este punto demuestra que el Consejo de Estado conserva su competencia para conocer de la reparación de perjuicios ocasionados por una ley inconstitucional; pero por otro lado, confirma que el Tribunal se impuso a sí mismo un límite que desvanece la

mencionada competencia, al exigir la expresión de todos los elementos de la indemnización en la sentencia de inconstitucionalidad, impidiendo con ello su ejercicio interpretativo.

Empero, esta sentencia trae una importante contradicción, como bien lo señaló el juez administrativo: el fallo de constitucionalidad no es una sentencia condenatoria, sino un fallo declarativo constitutivo de un derecho. Su concreción le correspondió al Consejo de Estado, pero este, en lugar de actualizar el valor de las erogaciones indebidamente percibidas por el Estado, negó esta pretensión señalando que el fallo de constitucionalidad no determinó esta obligación o derecho. El Consejo pasó de considerar el fallo de constitucionalidad como una providencia declarativa abstracta, a exigirle el reconocimiento expreso de todo daño causado. En este sentido, el alto Tribunal administrativo dejó sin efectos el fallo de constitucionalidad, en la medida en que permitió el enriquecimiento sin causa de la administración. El coste de oportunidad, los intereses y la conservación del valor constante son bienes jurídicos tutelables cuyo desconocimiento condujo, pese a la sentencia de inconstitucionalidad, al enriquecimiento injusto de las arcas del Estado.

b) Las sentencias aditivas distributivas, abrogación del juez de constitucionalidad para la reparación del perjuicio indemnizable

Este tipo de sentencias ampara el derecho reclamado, pero al mismo tiempo, ordena que la suma originalmente presupuestada para el pago de los beneficiarios originales sea distribuida entre todos, es decir, tanto entre los antiguos como entre los nuevos beneficiarios. De esta forma, se respeta el equilibrio presupuestal y se ampara el derecho de los recurrentes (Grosso, 1994 : 245).

Sin embargo, presenta el inconveniente de disminuir en alguna medida los derechos de los beneficiarios originales. La solución de controversias originadas por causa de estos eventos no es competencia de los Tribunales Constitucionales, dado que los derechos fueron adquiridos de buena fe al amparo de la ley. En este supuesto, de asumir la competencia, el juez administrativo no encontraría justificada la acción reparadora, siempre que es la misma sentencia la que ha generado las condiciones de igualdad que se exigen a la ley.

Presentamos en este marco la sentencia C-080 de 1999 de la Corte, acudiendo a una clase de fallos constitucionales presentada por el profesor español Hernández Valle, quien explica a las sentencias aditivas prestacionales como aquellas que:

[...] otorgan, a favor de determinadas categorías de sujetos (servidores públicos, pensionistas, etc.), un derecho de contenido patrimonial (distribución, indemnización, pensión, etc.) o la prestación de servicios cuyo disfrute resultaba anteriormente, a juicio de la Corte,

ilegítimamente excluido y limitación o en este caso, se produce una obligación (superior a la anterior o totalmente nueva) de prestación, es decir, una situación de dar o de hacer (Hernández, 1994 : 238).

En la sentencia citada esta postura resulta más que innegable. La providencia opta por la inconstitucionalidad de la norma pero mediante una decisión de la Corte modulada en un doble sentido: es aditiva, y a la vez es proyectada con efectos retroactivos. Esta providencia decidió la inexecutableidad del artículo 174 (parcial) del Decreto 1212 de 1990, artículo 131 (parcial) del decreto 1213 de 1990 y artículo 125 (parcial) del Decreto 1214 de 1990, bajo un cuestionable contenido, que consistía en consagrar una prerrogativa para los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la Policía Nacional; a saber, la posibilidad de prolongar la sustitución pensional para los hijos hasta que cumplan 24 años, si continuaban estudiando, beneficio que no se preveía para los hijos de los demás agentes de la Institución.

Definitivamente, de la lectura simple de este postulado podemos llegar a la misma conclusión a la que llegó la Corte: la discriminación es evidente y no tiene justificación alguna. La respuesta de la Corte en este caso fue doble: por un lado, integró las normas que permitían la subsistencia de la disposición y por otro, declaró executable condicionada a la retroactividad de la sentencia, “reparando” en palabras de la Corte, las situaciones jurídicas diferenciadas. Así:

[...] teniendo en cuenta que estamos frente a una típica omisión legislativa relativa, que desconoce el principio de igualdad, la Corte considera que es necesario, por medio de una sentencia integradora, cuya legitimidad esta Corporación ya ha explicado en estos eventos, extender la regulación más benéfica prevista para los otros miembros de la Policía Nacional. En consecuencia, los hijos mayores de 21 años, y menores de 24, que con posterioridad a dicha fecha no hayan podido gozar de la pensión de sobreviviente, debido a la diferencia de trato establecida por las normas acusadas, podrán, con el fin de que se reparen sus derechos constitucionales desconocidos, reclamar de las autoridades competentes el reconocimiento de su sustitución pensional, siempre que no hubiere operado la prescripción con arreglo a las disposiciones vigentes.¹⁹

Ambos nos permiten ver este ejemplo como un ejercicio reparativo por parte de la Corte Constitucional, en el que proyectando los efectos del fallo al pasado se restituiría no solo el derecho a la igualdad sino el detrimento que supuso la norma inconstitucional en sus efectos discriminatorios sostenidos. Esta muestra nos permite evidenciar cómo, desde la omisión legislativa relativa

19 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

inconstitucional, la Corte puede obrar como juez de reparación en el sentido de los efectos de su sentencia.

Otra providencia que se pronuncia en el mismo sentido es la C-1433 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell, en la cual se decidió la constitucionalidad de la omisión legislativa incluida en la Ley 547 del 23 de diciembre de 1999,²⁰ debido a que en sus disposiciones no se contemplaron las apropiaciones requeridas para cubrir, durante la vigencia fiscal de 2000, el aumento que compensara la pérdida del poder adquisitivo de los salarios de todos los servidores públicos. En este fallo, la Corte tuvo la oportunidad para decidir sobre la omisión en que incurrió el Congreso al desconocer el principio salarial de movilidad de la remuneración del trabajador. Evidentemente, la omisión no era absoluta, pero debido a la pérdida de efectividad del derecho a la indexación del salario, la Corte emitió una sentencia aditiva prestacional que ciertamente reparó o, mejor, previno un daño particular ocasionado por la omisión legislativa. La sentencia de la Corte tenía un contenido normativo bastante alto cuando señala que, a partir del 1º de enero de 2000, los incrementos salariales que se decreten con el fin de cumplir con el deber omitido, necesariamente deben hacerse en la misma forma –esto es, desde la misma fecha–; y que además, deben corresponder, por lo menos, a la inflación del año anterior.

Cualquier exhortación parecería innecesaria si tenemos en cuenta el elevado nivel normativo de la sentencia citada. La omisión en este caso hubiera ocasionado un detrimento patrimonial que individualmente considerado no permitiría, en la mayoría de los casos, iniciar un proceso contra el Estado Legislador por la omisión dañosa, pero quizá, mediante la mencionada acción de grupo, la reparación hubiera hecho adecuada la reparación de los patrimonios individuales afectados.

Conclusión

La labor del juez administrativo, como lo hemos visto, se encuentra estrechamente vinculada a la decisión del Tribunal Constitucional cuando se trata de justificar la acción de reparación en el momento en que el particular se vea afectado por la aplicación de una ley, razón por la cual debe realizar un ejercicio interpretativo no solo de la ley generadora del daño, sino de la sentencia de constitucionalidad, armonizando los principios constitucionales, la ley y la cosa juzgada constitucional.

Su interpretación tendrá como objetivo no la desestimación o invalidez de la decisión del juez de constitucionalidad, sino realizar una evaluación en bloque; lo anterior, partiendo del método de comparación abstracta, desarrollado por la

20 Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del 2000.

Corte Constitucional para evaluar la constitucionalidad de la norma. Método por virtud del cual el juez constitucional no podrá ni deberá, en todos los casos, evaluar consecuencias en cuestiones concretas, dejando esta tarea al juez natural en nuestro orden jurídico, el juez administrativo.

La dificultad reside en la modulación de sentencias, donde la frontera entre el Tribunal Constitucional y el legislador desaparece. Allí, la misma sentencia de constitucionalidad significa la expedición de nuevas normas, las que en algunos casos expuestas, son reparadoras del daño causado al particular, apartando al juez natural de su competencia. El juez de constitucionalidad no solo expediría normas, sino que traería consigo la reparación del daño; lo anterior significativo de un gran aporte a la eficacia del poder judicial en su tarea de armonización de los principios constitucionales amenazados con la expedición de una ley que por sus defectos puede amenazar directamente derechos y garantías de los asociados.

En este sentido, la modulación de sentencias altera la competencia del juez administrativo para la reparación del daño antijurídico causado por la actividad legislativa. En menor grado, en aquellas providencias de recomendación al Legislador y sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial, donde existe una intensidad leve de este control abstracto de constitucionalidad, pues en uso de las mencionadas modulaciones, el Tribunal Constitucional no elimina del todo, o no parece tan claro, la justificación del juez administrativo que declara la responsabilidad del Legislador.

Por su parte, las sentencias que contienen recomendaciones al Legislador y las sentencias que declaran la nulidad parcial de una norma en relación con la vulneración del principio de igualdad, abren la posibilidad al juez administrativo para declarar la responsabilidad del Estado, siempre que se verifique un perjuicio indemnizable que persista, pese a la intervención del juez de constitucionalidad, toda vez que su decisión no repara necesariamente el daño causado al particular.

Las sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales y las sentencias aditivas distributivas, están dotadas de consecuencias que reparan el daño causado al individuo, garantizando la igualdad de los asociados y reparando el patrimonio afectado, suprimiendo por completo el daño que explica la acción de reparación que se pudiera exigir al legislador, motivo por el cual el juez administrativo no puede justificar la acción reparadora.

No obstante, pese al acercamiento realizado a la jurisprudencia constitucional, es necesario realizar nuevos estudios que determinen si efectivamente las sentencias de constitucionalidad citadas, o cualquier otra que no haya sido incluida dentro de este documento, constituyen efectivamente, un escenario próspero de reparación o, si por el contrario, los beneficiarios del fallo guardan espacios amplios de perjuicios indemnizables, pese a la decisión judicial. Del mismo modo, invitamos a futuros investigadores a realizar estudios sobre los verdaderos efectos fiscales y el dimensionamiento de la intervención del juez

constitucional en las finanzas públicas, en la medida en que, las más de las veces, el activismo judicial encuentra un amplio margen de objeción desde el impacto económico que puede suponer.

Referencias

- Ahumada Ruiz, M. A. (1994). “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*.
- Amaral, L., (2002). “Responsabilidade do Estado-legislador: reflexões em torno de uma reforma”. *Cadernos de Ciência legislacao*, 32.
- Aragón Reyes, M. (1998). *La eficacia jurídica de la Constitución*. Madrid: Estudios de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
- Arango, R., (2005). *El Concepto de los Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Botero, L. F., (2007). *La Responsabilidad Patrimonial del Legislador*. Bogotá: Legis.
- Cervat, A., (1989). “Instituzionalit  delle leggi et efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”. *Quaderni costituzionali*, 2.
- Checa González, C. (2004). “La responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”. *Ius et Praxis*, Vol.10 (1). Obtenido el 19 de abril de 2006 en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100003&lng=es&nrm=iso.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, (2001). “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”. *Revista española de derecho constitucional*. Año 21 (61).
- Dworkin, R., (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Escobar, L., M. (2003). *El poder normativo de la Corte Constitucional colombiana*. (Inédito). Tesis presentada para optar al título de Magister en Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (1991). “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del tribunal constitucional)”. *Revista vasca de administración pública*, 31.
- Fuller, L. (1958). “Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart”. *Harvard law review*, 71.
- Hart, L. A. (1990). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perro.

- Hernández Valle, R. (1994). “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”. *Revista española de derecho constitucional*. Año 14 (41).
- Kelsen, H. (1981). *La teoría pura del derecho*. México: Editorial Nacional.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción de la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre, Universidad de los Andes.
- Miranda, J. (2000). *Manual de direito constitucional*. Coimbra editora.
- Ospina, G. (1998). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Pizzorusso, A. (2006). “La responsabilidad del Estado por los actos legislativos: la experiencia italiana”. En: http://www.pucp.edu.pe/publicaciones/rev_aca/derecho/docs/pizzorusso.pdf
- Schlaich, K. (1984). “El Tribunal Constitucional Federal alemán. Procedimientos y técnicas de protección de los derechos fundamentales”, en: Favoren, L. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.