

**El poder constituyente como apéndice de la  
responsabilidad patrimonial del Estado.  
Implicaciones en la configuración de la noción  
de modelo constitucional a la luz de la  
Constitución Política de 1991**

The constituent power as an appendix to the  
liability of the state. Implications in the  
configuration of the constitutional model notion  
through the Constitution of 1991

Edwin Hernando Alonso Niño\*

**Resumen**

*El establecimiento de nuevas constituciones depende de procesos al margen de las constituciones vigentes, toda vez que estas no consagran las bases para su propia destrucción. Así, en esta ocasión haremos algunas consideraciones de importancia que atañen al proceso de reforma constitucional de 1991, mediante la identificación de componentes históricos que permiten contextualizar el objeto de estudio.*

*El presente análisis se desarrolla teniendo como derrotero fundamental al*

\* Abogado. Universidad Santo Tomás. Candidato a Magister en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás, Tunja. Trabajo de Investigación desarrollado conjuntamente en las áreas de Historia el Derecho Administrativo y de Principios Constitucionales del Derecho Administrativo. Correo electrónico: hernandoalonso55@gmail.com, h.alonsoabogados@hotmail.com

*poder constituyente, entendido como un acontecimiento político por medio del cual es posible introducir un proceso de reforma constitucional. Se plantean aspectos históricos con los cuales se puede identificar la noción de poder constituyente como factor que, en la actualidad, permite predicar la responsabilidad del Estado cuando se causan daños a derechos jurídicamente protegidos.*

*Así, la imputabilidad de responsabilidad en cabeza del Estado, para el presente estudio, se predica del poder constituyente cuando este actúa por vía extraordinaria por medio de una asamblea constituyente, y, en virtud de ello, se causa un detrimento patrimonial a sectores que, jurídicamente hablando, no se encuentran en la obligación de soportar la afrenta a sus prerrogativas fundamentales.*

### **Palabras clave**

*Reforma constitucional, poder constituyente, asamblea constituyente, responsabilidad del Estado.*

### **Abstract**

*The establishment of new constitutions depends on processes to the margin of the in force Constitutions, since these do not have the bases for their own destruction. Thus, on this occasion we will do some considerations of importance pertaining to the process of constitutional reform of 1991, through the identification of historical components that allow contextualizing the object of study.*

*This analysis is developed with the fundamental way to constituent power, understood as a political event by means of which it is possible to introduce a process of constitutional reform.*

*We propose historical aspects with which it is possible to identify the notion of constituent power as a factor that currently allows indicating the responsibility of the state when harm to legally protected rights is caused.*

*Thus, the imputability of responsibility to the State, for the present study, is said of the constituent power when it acts by extraordinary means through a constituent assembly, and under it, a patrimonial detriment is caused to sectors that, juridically speaking, are not in the obligation to support the affront to their fundamental prerogatives.*

### **Key words**

*Constitutional reform, constituent power, constituent assembly, state liability.*

## Introducción

*«La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta»*  
(Schneider, 1991, p. 49)

En Colombia, el desarrollo histórico del proceso constituyente ha sido muy agitado, y ha sido de esta manera, desde que, hacia postrimerías del siglo XIX, se comenzó a implantar el ideario constitucional en las provincias que habían conformado el virreinato de la Nueva Granada. (Zuluaga, 2006, p. 31)

Con el fin de fundamentar lo anteriormente expuesto, encontramos diversas Constituciones que han regido en nuestro País, identificando diversos períodos constitucionales que han estado marcados por reformas constitucionales estructurales, y en los cuales es factible hallar la esencia del denominado poder constituyente.

Así, tenemos como puntos referenciales el período comprendido entre 1811 y 1816, conocido como *la primera república*, en donde existieron seis constituciones Provinciales. También encontramos la época entre 1855 y 1886 durante la vigencia del Estado federal, cuando se presentaron unas setenta constituciones de los Estados de la Federación. En efecto, desde 1821, año fundacional de la República de la Constitución de Cúcuta, se dieron nueve constituciones nacionales<sup>1</sup> que concluyeron con la actualmente vigente de 1991, con la cual se introduce en nuestro país la noción de un *nuevo modelo constitucional*. (Zuluaga et al., 2006, p. 33)

Con la expresión *modelo constitucional* se suele aludir a un tipo o esquema de Constitución (Barboza, s.f.). De esta manera, para el presente estudio, se toma como punto de referencia y de partida la Constitución Política de 1991, enmarcada dentro del proceso de reforma constitucional –poder constituyente derivado– que determinó su nacimiento.

Para el presente estudio es importante concebir la Carta Política como el fruto del poder constituyente, mediante el cual se materializa el modelo constitucional que caracteriza nuestro ordenamiento jurídico partiendo de esta como norma de normas.

Hay que señalar que el proceso constituyente y la Constitución de 1991 presentan rasgos determinados, mediante los cuales se configura un modelo constitucional

<sup>1</sup> Se trata de las Constituciones de años como: 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 y 1991.

específico y, precisamente posee raigambre en este texto fundamental. (Noguera& Criado de Diego, 2011).

Así, el interés particular para abordar dicha temática nace básicamente de dos circunstancias: la primera tiene que ver con el proceso de reforma constitucional que desembocó en la Carta Política de 1991 y con ello la configuración de nuestro modelo constitucional y, la segunda, radica en la labor del poder constituyente entendido como un dispositivo por medio del cual se puede predicar la responsabilidad del Estado cuando se han generado daños en su ejercicio, situación que se materializa en efecto con la expedición del texto constitucional de 1991, al afectar prerrogativas fundamentales adquiridas en virtud del ordenamiento constitucional de 1886.

En este orden de ideas, para el desarrollo objetivo del presente estudio, es importante tener en cuenta que el nacimiento de un *modelo constitucional* encuentra marco de acción por vía extraordinaria a través de la asamblea constituyente, y, en esta forma, se actúa por fuera del marco legítimamente definido por la Carta Fundamental, y más aún, se presenta la alteración de principios político jurídicos que dan al traste -en cuanto al nacimiento de un orden constitucional completamente nuevo- respecto del mandato encomendado a la ANC de 1990-91.

En efecto, abordar el presente estudio implicará hablar del valor normativo que reviste el texto constitucional de 1991 como el resultado de una asamblea constituyente, que generó de esta manera cambios trascendentales en la ley fundamental de la República y, a la vez, generó una importante noción acerca del papel del *poder constituyente* y la consecuente noción de responsabilidad que podría imputarse en cabeza del Estado cuando se han causado daños a intereses jurídicamente protegidos y preexistentes a la Carta Política que hoy en día nos rige.

Dejando en claro que lo anterior es el objetivo central del presente estudio, cabe entonces la posibilidad de cuestionarnos: ¿Cuál es el título jurídico de imputación que permite predicar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo el paradigma del modelo constitucional generado en el proceso de reforma que desembocó en el nacimiento de la Constitución Política de 1991, entendiendo el ejercicio del poder constituyente por vía extraordinaria, es decir de la ANC de 1990-1991?

### **Metodología**

El presente estudio se enfoca desde el análisis analítico-descriptivo- documental. Se sustenta el carácter analíticode esta investigación, toda vez que se presentan y justifican las fuentes de información tomadas como base para su desarrollo. Aunado

a ello, de manera descriptiva se expone el análisis de datos que permite mostrar el impacto del Estado social de derecho como modelo enfocado a la protección de la tercera edad y su consecuente garantía en materia pensional.

En efecto, el razonamiento que se realiza se endosa a un cotejo doctrinal permitiendo determinar las conclusiones pertinentes que se han de basar en el raigambre de la temática, y, de igual forma, se hace el respectivo análisis holístico de las fuentes jurisprudenciales que permiten determinar la noción de responsabilidad que se puede imputar al Estado, como ejercicio de la función inherente al poder constituyente.

### **1. Consideraciones históricofilosóficas sobre el poder constituyente. Apéndice de la responsabilidad del Estado desde Rousseau. Una visión caleidoscópica<sup>2</sup>**

Dadas la naturaleza y la trascendencia que revisten las disposiciones de la Constitución, se considera que ellas deben emanar de un órgano político especial, investido de una autoridad superior a la de los órganos gubernamentales que de ellas derivan; de manera pues que ese órgano es el denominado poder constituyente, de tal suerte que, en términos generales, podría ser entendido como el *poder creador del Estado*<sup>3</sup>. (Naranjo, 2000, p.45).

Aunque el concepto no vino a ser expuesto ni desarrollado sino en la época moderna, al comienzo de la Revolución francesa, anteriormente ya se encontraban esbozos del mismo en teorías sostenidas, entre otros, por Santo Tomás de Aquino<sup>4</sup>, el jesuita Francisco Suárez, el dominico Domingo de Soto<sup>5</sup> y, posteriormente por pensadores como Hobbes, Locke, Spinoza y Rousseau; aunque algunos de estos autores se basaron en reflexiones realizadas por Aristóteles y Platón.

<sup>2</sup> Haciendo una aproximación conceptual a la *teoría del Poder Constituyente*, resulta bastante práctico suponer al concepto como visto a través de un caleidoscopio: en este dispositivo se observa un mismo objeto desde perspectivas distintas, produciendo la sensación de estar observando objetos diferentes, a pesar de ser, en realidad, la misma cosa; en el presente numeral se observará un solo concepto desde distintas aproximaciones teóricas que, aunque parece referirse a diferentes conceptos, estos constituyen en realidad una misma doctrina.

<sup>3</sup> Para Naranjo Mesa, el poder constituyente, originariamente acuñado en el derecho público francés -constituant-, significa «lo que instituye», «lo que establece», «lo que crea», «lo que organiza institucionalmente», de tal manera que en derecho público se aplica este término a la sociedad políticamente organizada traducido ello en el Estado mismo.

<sup>4</sup> En su obra *Del gobierno de los príncipes*, Santo Tomás explica su idea relativa a la formación de la sociedad política en una forma algo dispersa: «Inherente es a la naturaleza del hombre, ser social y creado para ser regido por las leyes sociales, viviendo agregado a otro, mucho más de lo que se observa en los demás animales, como lo prueban las necesidades naturales. Siendo natural que el hombre viva en sociedad, debe hacer en ella todo cuanto sea necesario para su gobierno; porque si en una sociedad nadie se ocupara más que de sí mismo, pronto se disolvería».

<sup>5</sup> Sostiene que «toda ley, para que sea sólida y firme, debe enderezar a los súbditos al bien común, y, si el legislador hace leyes para su bien particular, es tirano».

A fin de brindar una aproximación filosófica del tema, conviene sostener que, por lo menos desde la aparición de la obra *El contrato social* de Juan Jacobo Rousseau, fue elaborada la *teoría del poder constituyente*, según la cual el *pueblo* o la *nación* tiene la facultad y capacidad de expedir y reformar la Constitución. (Rousseau, 2005, p. 17-45)

En este orden de ideas, para Rousseau, el *contrato social* viene a ser lo que más adelante se llamaría *acto constituyente*, el cual, en efecto, refería al *contrato* o *pacto social* que da lugar a la *constitución* de la sociedad civil o Estado, vale decir, que la *constituye*.

Pero, sin duda, la teoría que respalda y da fuerza al moderno concepto del *poder constituyente*, ya en los albores de la Revolución francesa<sup>6</sup>, fue la del abate Emmanuel Sieyés, considerado como el impulsor de este concepto<sup>7</sup>.

Así, podría considerarse que las ideas de Rousseau se simplifican y clarifican en la ideología del abate. De esta manera, la idea de *separación* entre el *poder constituyente* y los *poderes constituidos*, aparece expuesta por Sieyés, y se erige como el primer componente en la historia que va a permitir imputar *responsabilidad* al Estado en la época contemporánea, toda vez que, en virtud de esta separación, se configura la piedra angular que materializa la *responsabilidad* propiamente dicha, situación que se explica más adelante. (Sieyés, 1998, p.25-32).

Entonces, de acuerdo con lo anotado y haciendo hincapié en la noción de *responsabilidad* que se plantea, bajo la separación expuesta, hemos de concebir al *poder constituyente* bajo los planteamientos de la teoría existencial-decisionista expuesta por carlschmitt. (Cristi, 2008, p. 17-31)

De esta manera, se entiende como *poder constituyente* a «la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Por la misma época, el filósofo Condorcet, sostuvo que «cada generación tiene derecho a gobernar con sus propias ideas», y en cada época se plantean diferentes problemas y necesidades, las cuales determinan los derechos que deben ceder el paso a otros, frente a las cambiantes circunstancias sociales.

<sup>7</sup> En Francia, luego de la Revolución de 1789, conquistado el poder por la urguesía, y cuando hubo la necesidad de definirse en quién radicaría el *poder constituyente*, la Asamblea de 1791 decidió que sería en la *Nación*, entendida como una expresión democrática, y como la fuente de legitimidad del Estado. La Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, artículo 1º del Título VII, señala: «La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución».

<sup>8</sup> Se contempla entonces que el *poder constituyente originario* posee una titularidad que reposa en la *comunidad*, la cual, al conformar la *Nación* genera tres momentos, a saber: 1. La Nación ES (estado de naturaleza), 2. La Nación HACE (voluntad general), y 3. La Nación HACE HACER al gobierno por ella creado (representación política), llegando así a la CONSTITUCIÓN.

En consonancia con el concepto citado, diremos entonces que es allí donde reposa y se materializa la *eventualresponsabilidad* que se podrá predicar y endilgar al Estado en un momento determinado cuando se han ocasionado daños, puesto que la obligación de responder se desprende de los actos propios del poder constituyente, y, por ende, han sido plasmados positivamente.

Rossi (2004, p. 117-146) afirma respecto a Schmitt, que el *poder constituyente* guarda estrecha relación con la noción de *Constitución*, la cual, para el caso en concreto, se configura como el eje del cual se desprende la *responsabilidad* del Estado, generando la consecuente obligación resarcitoria.

En este entendido, al ser la Constitución un *acto* de poder constituyente, es de vital importancia conservar en el imaginario, el hecho en virtud del cual dicho *acto constituyente* contiene por un único momento de decisión la totalidad de la unidad política, la cual es anterior, y el acto constituyente *constituye* la forma y modo de esa unidad. (Bohórquez, 2006).

Debe sostenerse entonces que el *poder constituyente* es voluntad política y, al generar la Constitución –positiva-, esta no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez, sino que lo hace en una decisión política proveniente de un ser político, y, una vez ejercido, el poder constituyente no se agota o desaparece, sino que sigue subsistiendo, y es por ello que todo conflicto constitucional que afecte las bases mismas de la decisión política, ha de ser solucionado de acuerdo a los parámetros del mismo poder constituyente, siendo esta la razón principal en este estudio.

Así las cosas, el *poder constituyente*–originario- encuentra una marcada separación respecto de los *poderes constituidos*, ya que aquel no se encuentra vinculado a formas jurídicas ni a procedimientos como el último, y precisamente en este punto es donde se materializa la factible responsabilidad que se puede endilgar en cabeza del Estado, bajo lo que se va a conocer como poder constituyente –derivado-.

El poder constituyente se llama entonces *originario*, cuando el nuevo orden jurídico que él establece, nace sin apoyarse en una norma positiva anterior, es decir, cuando surge por primera vez; lo cual puede darse como consecuencia de la ruptura del orden jurídico anterior.

Por su parte, el poder constituyente se llama *derivado*, cuando el ordenamiento jurídico nuevo surge de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos ya existentes en vigor. En la realidad, en la mayoría de los casos, es el poder constituyente derivado el que actúa, tanto para

establecer como para reformar el ordenamiento jurídico político de un Estado, y lo hace por medio de *poderes constituidos*, es decir, de instituciones que se encuentran ya sea consagradas en la Constitución, o, por medio de aquellas que establezca el titular del poder constituyente originario, como podría ser la convocatoria de una asamblea constituyente. (Brewer, 2011)

Así, la imputabilidad de responsabilidad en cabeza del Estado, para el presente estudio, se predica del *poder constituyente derivado*, cuando este actúa por medio de *poderes constituidos*, como puede ser, excepcionalmente, por intermedio de una *asamblea constituyente*.

## **2. Los albores de la responsabilidad del Estado en el contexto de la ANC de 1990-1991**

Al inicio de la década de los noventa en Colombia se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente<sup>9</sup> -ANC- con el fin de reformar la Constitución hasta entonces vigente. Así, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup> y de la propia Asamblea Constituyente llevaron a que se expidiera una nueva Carta Política para el país (López & García, 2011), la cual fue proclamada el 4 de julio de 1991, y según Deas & Gaitán (1995), *los colombianos al día siguiente se levantaron con guayabo constitucional -constitutional hangover-*.

Para que sea posible hacer un análisis de la Constitución de 1991, y, por ende del *modelo* constitucional que esta implica, es pertinente partir de su origen mismo, esto es, de la Asamblea Nacional Constituyente, que fue el resultado del movimiento estudiantil de la *Séptima papeleta*<sup>11</sup>, coincidiendo con Quintero (citado por López & García, 2011), situación que tendría lugar el 11 de marzo de 1990.

<sup>9</sup> La Asamblea Constituyente Colombiana estaba formada por setenta asambleístas, de los cuales diecinueve eran de la Alianza Democrática-Movimiento 19 de abril (AD-M19), partido político surgido del grupo guerrillero M-19 después del proceso de paz; dos provenían de la Unión Patriótica, partido de izquierda cuyos líderes fueron posteriormente asesinados por los grupos paramilitares; dos representaban a estudiantes; dos a comunidades indígenas; y otros dos a cristianos no católicos. Por lo tanto, más del cuarenta por ciento de los asambleístas no pertenecían a los partidos liberales y conservadores.

<sup>10</sup> 1. Decreto Legislativo 1926 de Agosto 24 de 1990, por medio del cual el gobierno dispuso que el 9 de diciembre del mismo año se procediera a la elección de los aspirantes a la Asamblea Constitucional, precisó el período de sesiones e incorporó en su texto el acuerdo político suscrito entre los voceros de los partidos y movimientos. Examinado dicho decreto por la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación declaró exequible tal estatuto. 2. Decreto 927 de 3 de mayo de 1990 determinó que se escrutara la consulta plebiscitaria sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia encontró *ajustado a derecho* dicho decreto, durante su tarea de efectuar el *control de constitucionalidad* para la época. En las elecciones del 27 de mayo de 1990 salió avante la convocatoria de la Asamblea Constitucional.

<sup>11</sup> El movimiento que se conformó se denominó *Séptima Papeleta*, ya que en el mes de marzo de 1990 se elegían *Senadores* (primera papeleta), *Representantes a la Cámara* (segunda), *Diputados*

En este panorama, mediante el Decreto 927 de 1990, teniendo como marco de referencia el Estado de sitio, y bajo el argumento de que el escrutinio de los votos sería «...una herramienta para superar la situación permanente de perturbación del orden público...», el Gobierno ordenó que en las elecciones presidenciales de mayo, de dicho año, se incluyera una papeleta que consultase al pueblo su deseo de convocar o no a una *Asamblea Constituyente*.

En efecto, una vez aprobada la convocatoria a la Asamblea, en la elección presidencial el presidente César Gaviria, mediante Decreto 1926 De 1990 -también en vigencia del Estado de sitio- «Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público», se procedió a convocar a elecciones el día 9 de diciembre de dicho año para que allí «los ciudadanos decidan si convocan o no la Asamblea, elijan sus miembros, definan sus elementos constitutivos y el temario que implica el límite de su competencia», de manera pues que una vez más correspondería a la Corte Suprema (sentencia de 9 de octubre de 1990) el examen de constitucionalidad en donde se dejó a un lado la violación generada al texto constitucional en el sentido de reformar la Constitución, y es precisamente en este punto donde se materializa uno de los puntos referentes a la problemática que se va a tratar respecto de la *responsabilidad* que se imputa en cabeza del Estado en virtud de los actos y funciones ejercidas por el *poder constituyente* al actuar extraordinariamente por medio de la ANC. (Murillo & Gómez, 2005).

En efecto, y con el ánimo de que el lector lo tenga en cuenta, es de vital importancia identificar que después de las elecciones del 11 de marzo de 1990 se convocó a nuevas votaciones para el 27 de octubre de 1991, afectando el Congreso legalmente elegido en aquella data, y, por consiguiente, causando daños a intereses jurídicamente protegidos y derechos adquiridos en las primeras elecciones, teniendo en cuenta que con la introducción de la Constitución de 1991 y la consagración constitucional de *responsabilidad patrimonial* es factible determinar e imputar esta en cabeza del Estado, cuando se han causado detrimentos a patrimonios que no debían soportar cargas adicionales, situación que encuentra fundamento en dicho cambio constitucional y que se explica consecuentemente en estas glosas.

De esta manera, debe tenerse presente que la noción de responsabilidad que en esta ocasión se predica ha sido producto de la función constituyente que por intermedio

---

(tercera), *Alcaldes* (cuarta), *Concejales* (quinta), en algunos municipios miembros de las *Juntas Administradoras Locales -JAL*, consulta Liberal (sexta) y, finalmente, la *iniciativa estudiantil* (séptima papeleta), para convocar un órgano especial donde estuvieran representados los diferentes sectores políticos, sociales y culturales del país. El texto contenido era el siguiente «*Voto por Colombia, sí a una Asamblea Nacional Constituyente cuya integración represente directamente al pueblo colombiano, con el fin de reformar la Constitución Nacional en el ejercicio de la soberanía reconocida en el artículo 2° de la Constitución Nacional, el poder electoral estructurará este voto*».

de la ANC elegida, consagró los artículos 1º y 3º transitorios constitucionales, por los cuales se materializa la *responsabilidad* a endilgar en cabeza del Estado, teniendo como marco de referencia el derecho de acción ejercido por congresistas elegidos formalmente, y a quienes se les generó menoscabo en sus prerrogativas adquiridas. Se anota con fines académicos y de difusión del conocimiento, que esta situación de responsabilidad ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado, que ha emitido en este sentido dos decisiones (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 1996; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de diciembre de 1995), que han dejado un vacío jurídico respecto del título jurídico de imputación aplicable en eventos como los que se esbozan y, en consecuencia, deja abierta la posibilidad para establecerlo, teniendo como marco de acción el cambio de orden constitucional<sup>12</sup>.

De la manera en que se plantean estos asuntos, el objetivo y línea que se desarrolla en este trabajo entonces radica en la importancia de determinar el *modelo constitucional* que se crea con la Constitución Política de 1991, la cual se torna como punto de inflexión respecto del constitucionalismo latinoamericano, aplicando postulados de reforma constitucional que obedecen a procesos ejercidos en cabeza del poder constituyente y el cumplimiento de sus funciones por vía extraordinaria por medio de una asamblea constituyente que materializa la responsabilidad del Estado en sentido estricto.

En efecto, encontramos en este evento la manifestación del constituyente primario que, ideológicamente «puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba» (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de octubre de 1990), siendo esta expresión violatoria de derechos adquiridos y por lo tanto dando lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad del temario que incluía la convocatoria a la reforma. Lo que dio vía libre a que la constituyente hiciera con el anterior texto lo que quisiera, oportunidad que bien supieron aprovechar quienes participaron en dicha asamblea, pues de lo que se concibió como una reforma a la Carta de 1886<sup>13</sup>, terminó con la expedición de una nueva Constitución. (Naranjo, 2006)

Así, la contextualización del problema encuentra campo de acción en la situación de necesidad del proceso constituyente colombiano y la situación de emergencia en

---

<sup>12</sup> Estos casos son examinados de manera puntual en este estudio, en el capítulo titulado *Consideraciones sobre la responsabilidad del estado bajo los actos de poder constituyente y su actuación extraordinaria por medio de la ANC*, ya que es allí en donde se materializa y configura la responsabilidad propiamente dicha que se puede imputar al Estado.

<sup>13</sup> Siguiendo a Vladimiro Naranjo, esta asamblea tenía naturaleza jurídica de «titular transitorio del poder constituyente 'derivado', en esta calidad remplazaría al Congreso o al órgano competente» (p. 385).

la que vivía el país, traducíéndose ello en el propio Decreto Legislativo 1926 de 24 de agosto de 1990, al exponer:

los hechos demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar ... [Estas] han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y de ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de perturbación no continúen agravándose.

Finalmente, y a pesar de los obstáculos y de la apropiación por parte de sectores políticos tradicionales de buena parte del proceso, la Constitución colombiana de 1991 se reivindicó como un texto constitucional en virtud del cual se introduce y concreta un *modelo constitucional* que atañe al *nuevo constitucionalismo latinoamericano* bajo las premisas y postulados del propio *neoconstitucionalismo*, motivos por los cuales, no en vano, el proceso constituyente colombiano de 1990-1991 ha sido calificado como el inicio del verdadero constitucionalismo colombiano.

### **3. El modelo constitucional materializado en la Constitución Política de Colombia de 1991 como fruto del poder constituyente. El mandato de la ANC**

El panorama constituyente latinoamericano ha experimentado cambios sustanciales en los últimos años, que permiten hablar de la configuración de un *modelo constitucional* que puede ser enmarcado en el denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, apelando a postulados del propio (*neo*) *constitucionalismo*<sup>14</sup>. (Pozzolo, 1998).

Plantear la hipótesis de un *modelo constitucional* como el *nuevo constitucionalismo* involucra, de manera necesaria, la *sustitución* de un *constitucionalismo tradicional*. En efecto, estos cambios que se han dado en el panorama constitucional se han presentado en momentos históricos concretos -constitucionalismo liberal revolucionario, constitucionalismo liberal nominalista, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social que se resumen en expresiones como «Constitución» por un lado, y «Estado Social y Democrático de Derecho» por otro- y por ende se generan paradigmas constitucionales que, para el caso concreto, es

<sup>14</sup> La denominación fue acuñada en la década de los noventa, y aunque no se ha estructurado teóricamente un concepto unívoco de este fenómeno, debido a que subsume aspectos heterogéneos, el término ha cobrado consenso para identificar un momento evolutivo de esta disciplina. Sus apologistas sos-tienen incluso que el concepto refleja la corporización de una *nueva noción de Estado*, la del Estado constitucional de derecho o Estado constitucional democrático, que es una forma distinta de entender, normativizarse y materializarse el Estado constitucional.

factible evidenciar con el nacimiento de la Constitución Política de Colombia de 1991, haciendo hincapié en el *modelo* que surge para nuestro país específicamente. (Viciano & Martínez, 2010)

Los antecedentes históricos colombianos y las lagunas de la Constitución de 1886 explican en cierta medida el uso de la teoría del poder constituyente<sup>15</sup>. En Colombia, la Constitución Política de 1991 marca un punto de partida ideal para emprender el análisis del cambio constitucional vivido en los últimos tiempos.

Siguiendo este panorama, el proceso constituyente implicó la adopción de un órgano de reforma constitucional –ANC– que suponía una ruptura con la formalidad constitucional imperante y la aceptación de un principio básico de la teoría del poder constituyente que refiere a la fuerza normativa de los hechos. En este sentido, le correspondió a las instancias judiciales la ratificación jurídica de la expresión social de la voluntad de cambio constitucional, siendo entonces la Corte Suprema de Justicia el órgano que dio aplicación a la teoría del poder constituyente, permitiendo abrir un proceso para que la Constitución colombiana se adaptara al cambio histórico. (Brewer, 2011)

Desde el inicio del proceso constituyente colombiano hasta la sentencia de la Corte Suprema que declaraba el carácter originario de la asamblea constituyente (Sentencia de 9 de octubre de 1990), pasando por las particularidades del proceso y, desde luego, su resultado, en Colombia comenzó una *revolución constituyente* que rescató los principios de soberanía popular y reivindicó la doctrina clásica del poder constituyente. (Ramírez, 2005).

Así, se vislumbra el paso de una constitución *débil* propia del constitucionalismo latinoamericano tradicional –históricamente incapaz de activar procesos políticos de avance social– a un proceso de reforma constitucional, con la inclusión de un nuevo modelo –*neoconstitucionalismo*– el cual es fruto y conducido por la vía extraordinaria de una *asamblea constituyente* comprometida con procesos de regeneración social y política, planteando así un nuevo paradigma de Constitución. (Murillo & Gómez, 2005).

<sup>15</sup> La instauración del Frente Nacional tuvo lugar, en un primer momento, mediante una *reforma constitucional*, que incorporaba la alternancia en el poder y el reparto de cargos pactado en el Acuerdo de Benidorm (de 24 de julio de 1956), realizada por plebiscito convocado por Decreto 247 de 1957 de la Junta Militar para el 1º de enero del mismo año. Cuestionada la constitucionalidad del método de reforma constitucional, la Corte Suprema se declaró incompetente por el carácter eminentemente político de la convocatoria al poder constituyente originario («la forma más pura del poder») y en la imposibilidad de controlar judicialmente un confuso «derecho de la revolución» cuya virtualidad jurídica descansa «en la voluntad de la nación», pues, su propio sometimiento al orden constitucional le quitaría todo sentido revolucionario.

La Constitución del 91 fue fruto de la manifestación del poder constituyente a través de una Asamblea Constituyente, que, como se ha dicho, es un órgano representativo que se convoca y elige con la misión específica de elaborar y aprobar una Constitución, teniendo claro que este no fue el mandato inicial encomendado a la ANC. (Mejía Q., Mejía P., Sanín, Oberlaender, Cuellar & Amador, 2005).

El proceso constituyente colombiano de 1991 supone un uso de la teoría del poder constituyente que sirve como justificación de un proceso extraconstitucional de reforma que ha servido de referencia para otros procesos en Latinoamérica - Venezuela (1999), Ecuador (1998, 2008)- erigiéndose así en un *modelo* regional de teorización y uso del concepto de poder constituyente propiamente dicho. (Rossi, 2004).

El proceso constituyente en Colombia de 1990-1991 supone una interpretación del poder constituyente como *derecho a cambiar la constitución*. (Noguera et al., 2011), respecto de lo cual se genera como consecuencia un *nuevo modelo constitucional* que ha de regir en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, es menester afirmar respecto al *alneoconstitucionalismo*, que se configura como un *modelo* que ha sido promovido en cabeza de una *asamblea constituyente* y ha llevado a hacer cuestionamientos serios en el ámbito doctrinal acerca de la relación entre poder *constituyente* y *constituido* (Negri, 1994). A medida que el poder constituyente marca sus diferencias con el constituido, con todo lo que ello conlleva de replanteamiento de conceptos como el de legitimidad o representación, cada uno se refugia en su naturaleza: el poder constituido en la institucionalidad y el orden de pretensión inalterable, y el poder constituyente en la legitimidad primera y la creación. En términos de Negri:

el paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, quebranta, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda posible continuidad. El poder constituyente está ligado a la idea de democracia como poder absoluto. Es, por consiguiente, el del poder constituyente, como fuerza impetuosa y expansiva, un concepto ligado a la preconstitución social de la totalidad democrática. Esta dimensión, preformativa e imaginaria, tropieza con el constitucionalismo de manera precisa, fuerte y durable. (1994, p.29)

En el caso colombiano, la asamblea constituyente se entendió como un poder originario, ejercicio del poder constituyente, y por lo tanto exenta del control de los poderes constituidos. Así, ese carácter constituyente de la asamblea se explicaba, esencialmente, por la ausencia de un referéndum de aprobación final del texto

salido de la asamblea y, por lo tanto, la necesidad de considerar originario el órgano electivo<sup>16</sup>.

De esta manera, se plantea la necesidad de tener en cuenta elementos que redunden en el análisis del origen y significado de las *asambleas constituyentes* que han generado un nuevo producto traducido en un modelo plasmado en las constituciones del neoconstitucionalismo latinoamericano. En efecto, desde la segunda mitad de la década de los ochenta se apreciaron en América Latina cambios constitucionales que avanzaban hacia una recuperación del concepto de Constitución, y que apuntaban hacia lo que ya se reconoce como un nuevo paradigma constitucional. (Viciano et al., 2010, p. 11)

Teniendo en cuenta lo dicho, en la Carta Política de 1991 se aprecia un inicio claro de activación de la soberanía de pueblo por conducto del proceso constituyente, justificando el *modelo neoconstitucionalista* desde movimientos cívicos combinados con propuestas políticas adoptadas en escenarios de conflictividad social<sup>17</sup>. (Jímenez, 2006).

Desde las manifestaciones constituyentes de la década del noventa, para el caso colombiano y el nacimiento de la nueva Carta, se denota la materialización de un perfil diferenciado en los procesos de cambio que se enfoca a la creación de un nuevo marco jurídico, político, económico y social.

<sup>16</sup> En el caso venezolano y ecuatoriano, el ejercicio del poder constituyente se entendió restrictivamente como soberanía, es decir, como mandato de acatar por parte de una autoridad superior, por lo que se limitó al referendo de aprobación del texto constitucional por soberano. En el caso venezolano, la Asamblea Constituyente se entendió expresamente como un ejercicio de poder constituido sometido a las constituciones de 1961 y 1998 respectivamente y, por lo tanto, al control regular de los órganos de garantía.

<sup>17</sup> De acuerdo con Jiménez (2006), múltiples y de diversos órdenes fueron los acontecimientos que condujeron a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1990. En efecto, la crisis del régimen político, la incapacidad del Estado para consolidar un monopolio de la coacción física legítima, la tendencia hacia una mayor desigualdad de ingresos, el mantenimiento de niveles muy altos de pobreza, la consolidación de instituciones sociales que obstaculizaban el pleno ejercicio de los derechos de la ciudadanía, las profundas transformaciones en el espacio público, entre otros, se constituyeron, al decir de las diversas fuerzas políticas y sociales de la nación, en elementos perturbadores para la estabilidad del sistema social Colombiano. Frente a estas realidades, la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente se erigió como el gran momento político para la consolidación de un nuevo proyecto de sociedad caracterizado por una verdadera eticidad democrática. Las narrativas de la democracia participativa y la consolidación de la paz se constituyeron en los nuevos valores para la legitimación del naciente proyecto social. La puesta en escena de estas narrativas permitió la convergencia de los diversos actores sociales en la alternativa de convocar al constituyente primario para la formulación de un nuevo pacto político. De hecho, la idea de la ANC fue defendida con diferentes matices por diversas fuerzas sociales y políticas que iban desde las tendencias más progresistas hasta las más conservadoras. Sin embargo, no se puede olvidar que el actor más interesado en la construcción de una nueva Carta Política para los colombianos era el Ejecutivo.

Tal y como se ha venido expresando, el punto de inflexión que marca el *modelo* sentado en nuestro país como fruto del proceso de *reforma constitucional*, en donde, de manera imperfecta pudiese decirse, pero reconocible, surgen rasgos que impregnan procesos constituyentes sucesivos y se da comienzo al *neoconstitucionalismo latinoamericano*.

El aporte colombiano fue más en el procedimiento de ruptura con el sistema anterior, mediante la activación directa del poder constituyente, que en lo que el proceso constituyente produjo en sí. De hecho, incluso ante la forma como se había producido la convocatoria, tuvo lugar un primer debate constituyente sobre si era necesario un cambio constitucional o una reforma de la Constitución de 1886, todavía vigente con sus reformas en el momento. Finalmente, la Asamblea Constituyente optó por el cambio de norma fundamental, pese a algunas opiniones contrarias al cambio de Constitución. (Naranjo, 1998, p. 223).

En efecto, la Constitución colombiana como *modelo constitucional* refiere características materiales que la diferencian de manera amplia del constitucionalismo anterior, no solo colombiano, sino respecto del contexto latinoamericano. Algunas de estas características se traducen en la inclusión de mecanismos de democracia participativa<sup>18</sup>, la mejora en el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales o la regulación del papel del Estado en la economía. En este sentido, la característica clave es la *necesidad* de una *constituyente* en la Colombia que iniciaba, con pocas esperanzas y un horizonte oscuro, la década de los noventa; necesidad que, en su sustancia, era compartida en Ecuador y en Venezuela a mediados y finales de esa década. (Viciano et al., 2010)

De este trasegar, el proceso constituyente colombiano se erige como motor de cambio y de inclusión de un *modelo constitucional*. Por lo tanto, las manifestaciones constituyentes de finales del siglo XX y del siglo XXI apuntan hacia un *momento constituyente* con anclaje en América Latina y con punto de inflexión en Colombia.

Entonces, al plantearse como hipótesis la introducción del *modelo neoconstitucional* en Colombia como fruto del proceso de reforma constitucional imperante en la

<sup>18</sup> Como ejemplo, por primera vez en el constitucionalismo latinoamericano, la Constitución colombiana de 1991 incorpora la revocatoria del mandato para algunos cargos públicos. Se entiende que los gobernadores y alcaldes cuentan con mandato imperativo por parte de los ciudadanos, y están obligados a aplicar los programas que propusieron al electorado, que hace las veces de contenido del mandato imperativo (artículo 259). El desarrollo posterior (leyes estatutarias 131 y 134 de 1994) se concibe obstaculizador para la vigencia del mandato imperativo: es necesario reunir el 40% de los votos válidos emitidos en la elección del mandatario para convocar el revocatorio; sólo pueden votar los que sufragaron en aquella elección, y se consigue la revocatoria si se obtiene el 60% de votos en contra del mandatario.

época de 1990-1991, este ha de concebirse, en efecto, como el conjunto multifacético de nuevas tendencias conceptuales, criterios de positivización y actuaciones jurisprudenciales que reflejan un modo de pensar e interpretar la Constitución de nuevo tipo.

En este sentir, Atienza (2001, p. 309) plantea que ha advenido un nuevo paradigma constitucional; Comanducci (2002, p. 85) sostiene que es expresión de una nueva cultura constitucional que se erige sobre una perspectiva teórica, ideológica y metodológica diferente, y, Ahumada (2005, p. 80) considera que subsume un nuevo modelo teórico que se asocia a una forma constitucional diferente y esquivada a las etiquetas tradicionales.

En consecuencia, el *modelo constitucional* que atiende al *neoconstitucionalismo* en el ámbito latinoamericano, ha otorgado un papel renovado a la Constitución Política siendo esta el producto del ejercicio del poder constituyente por la vía extraordinaria de la asamblea constituyente.

Así las cosas, la configuración del mentado *modelo* con el nacimiento de la Carta Política de 1991, permite entrever la esencia del *poder constituyente* y su consecuente producto –*constitución*–, entendido en sentido amplio como la fuente del poder –constituido y por ende limitado– que se superpone al resto de las relaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, el *nuevo constitucionalismo* recupera el origen revolucionario del constitucionalismo, dotándolo de los mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la emancipación y avance de los pueblos por medio de la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último del poder constituido. (Viciano & Martínez, s.f.).

Por todo ello, el *modelo constitucional* que se propone y se concibe a la vez como una teoría constitucional, ha pasado a la práctica con el citado proceso constituyente y ha producido una nueva Constitución. En efecto, mediante los últimos procesos constituyentes se han legitimado textos constitucionales, los cuales no solo son el reflejo fiel del *poder constituyente*, sino que a la vez se modifica el *statu quo* de un ordenamiento preexistente y para entonces en plena vigencia –como sería el caso de la Constitución de 1886–. Estos procesos con sus productos, las nuevas constituciones de América Latina, entre ellas la colombiana, conforman el contenido del conocido como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. (Viciano et al., 2010, p. 60)

En este sentido, el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* y *neoconstitucionalismo* se presentan como *modelos* complementarios e incluyentes. El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha sido calificado como *constitucionalismo sin padres* (Martínez, 2008), se diferencia en el campo de la legitimidad del

constitucionalismo anterior por la naturaleza de las asambleas constituyentes. En sentido estricto, América Latina ha carecido de procesos constituyentes ortodoxos –plenamente democráticos– y, en cambio, ha experimentado en multitud de ocasiones procesos constituyentes representativos de las élites y alejados de la naturaleza soberana esencial del poder constituyente.

Así, la evolución posterior del constitucionalismo latinoamericano anterior a las nuevas constituciones se fundamentó en el *nominalismo constitucional* y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. En general, las constituciones del *viejo constitucionalismo* no cumplieron más que con los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal. (Viciano et al., s.f.).

Entonces, siendo consecuentes con las ideas plasmadas, es menester decir que cada una de las experiencias constituyentes mencionadas, y en concreto la colombiana que ha ocupado el centro de interés, se conforma en sí misma como un *modelo constitucional teórico-práctico* propio de proceso constituyente. De esta manera, teoría y práctica conforman la simbiosis necesaria para hablar del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Enseguida, el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* presenta rasgos que lo justifican y lo enmarcan en el texto constitucional colombiano, encontrando formalmente su contenido innovador (originalidad), la relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).

Sin desconocer lo esbozado, se denota entonces que la naturaleza originaria y creadora del poder constituyente ha incidido en la forma y estructura de la nueva constitución colombiana que no desconoce el concepto racional-normativo de constitución –texto escrito, ordenado y articulado–. (Gargarella, 2010).

#### **4. Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado bajo los actos de poder constituyente y su actuación extraordinaria por intermedio de la ANC**

Cuando se habla de responsabilidad civil (o patrimonial), se está haciendo referencia al derecho de un individuo a que se lo indemnice por un daño sufrido y a la determinación de quién está obligado a dicha reparación. Pues bien, en el presente análisis se traen a colación los derechos de dos ciudadanos quienes hacen uso de la

justicia con el fin de lograr la debida indemnización por los daños ocasionados en ejercicio del poder constituyente –derivado- cuando este actúa mediante un poder constituido excepcional como lo es la asamblea constituyente.

De esta forma, fácilmente se encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal, con carácter general, en el propio concepto de Estado de derecho, y especialmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Tenemos entonces que la Constitución colombiana de 1991 fue expedida por una asamblea constituyente que fue convocada al efecto, sin que existiera en la respectiva Constitución que la precedió, previsión alguna relativa a este mecanismo institucional encaminado a la reforma constitucional. Por ello, para la convocatoria de la asamblea constituyente<sup>19</sup> fue necesaria una decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup>, mediante la cual, por vía de interpretación constitucional y legal, se pudo finalmente llevar a cabo la convocatoria de la respectiva asamblea constituyente.

Este evento político en los años noventa, en la historia constitucional de Colombia es de vital importancia, recordando a la vez la etapa marcada de nuestro constitucionalismo con las Constituciones de Angostura de 1819 y de Cúcuta de 1821, ambas con la impronta de Bolívar.

De esta manera, de acuerdo con Martín (2006, p. 132), en el proceso constituyente colombiano de 1991 se evidencia que, aún sin reformar previamente la Constitución para regular la institución de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma de la Constitución, se hizo prevalecer la *soberanía popular* sobre la supremacía constitucional mediante una interpretación de la entonces Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la problemática de la reforma conduce, inmediatamente, a la forma en que la reforma se produce -lo que implica por ejemplo el análisis de dichas formas, procedimientos, pautas- y a los límites para el ejercicio del tradicionalmente llamado

<sup>19</sup> El gobierno mediante el Decreto 927 de 1990 determinó que se escrutara la consulta plebiscitaria sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia encontró dicho decreto *ajustado a derecho*, en su tarea de realizar el *control de constitucionalidad* para la época. En las elecciones del 27 de mayo de 1990 salió avante la convocatoria de la Asamblea Constitucional.

<sup>20</sup> Con la sentencia de 9 de octubre, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto Legislativo 1926 de agosto 24 de 1990, por medio del cual el gobierno dispuso que el 9 de diciembre del mismo año se procediera a la elección de los aspirantes a la Asamblea Constitucional, precisó el período de sesiones e incorporó en su texto el acuerdo político suscrito entre los voceros de los partidos y movimientos. Examinado dicho decreto por la Corte Suprema de Justicia, esta corporación declaró exequible tal estatuto.

poder constituyente originario<sup>21</sup> y del poder constituyente derivado del cual puede predicarse la responsabilidad del Estado. (Cerra, 2004)

En el análisis tradicional de la responsabilidad del Estado, sin considerar los casos en que los daños provengan del ejercicio del poder constituyente, aparece un punto que divide a la doctrina y la jurisprudencia, y que refiere a los criterios de imputación de la responsabilidad o, si se prefiere, a determinar cuándo responde el Estado.

En este sentido, parte de la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que para saber cuándo debe responder el Estado es necesario analizar la actuación de este, a fin de determinar si hay motivo para que indemnice el daño causado. Así, para que corresponda responsabilizar a un sujeto de derecho público se exige que exista *culpa* o *dolo* en la actuación estatal, o se recurre al concepto francés de *falta de servicio* (hay responsabilidad estatal cuando el servicio no funcionó, funcionó tarde o funcionó defectuosamente). Para esta posición, cuando el Estado ha funcionado razonablemente bien no hay responsabilidad estatal, salvo en casos especialísimos y excepcionales en que corresponde la indemnización de los daños derivados de la actividad lícita del Estado. (Núñez, 2011, p. 275)

En contra del criterio anterior -denominado genéricamente como subjetivo por cuanto hace responsable o no al Estado luego de analizar su actuación-, varios autores han sostenido una concepción *objetiva* de la responsabilidad del Estado.

Para esta concepción, coincidiendo con Risso (2005), basada principalmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas, no es necesario el análisis de cómo fue la actividad estatal que causó el daño, sino que, por el contrario, basta analizar la posición jurídica de la víctima de dichos daños. En otras palabras, comprobado que un particular ha sufrido daños derivados de la acción u omisión estatal, sea ésta ajustada o contraria a derecho, corresponde la indemnización, salvo cuando la víctima tenga el deber de soportar el daño padecido.

Si bien la responsabilidad del Estado hace mucho que es incuestionable y se postula como de principio, en la literatura jurídica contemporánea no es fácil encontrar desarrollos referidos a la responsabilidad estatal por el ejercicio del poder constituyente ni mucha jurisprudencia al respecto. A esta altura parece claro que el fundamento de la responsabilidad del Estado, más allá de los argumentos

<sup>21</sup> En cuanto a si existen límites al poder constituyente originario o primario, las respuestas no han sido unánimes. Hauriou consideraba que la labor del poder constituyente originario se desarrolla sin «condiciones», que se despliega en un terreno totalmente virgen. Otros, como Bidart Campos, señalan algunas limitaciones mínimas, tales como los límites suprapositivos del valor justicia, los pactos preexistentes y la propia realidad social.

coadyuvantes que pueden formularse, encuentra dos fuentes básicas: a) la noción de estado social de derecho introducido por la constitución de 1991 y b) en el principio de igualdad ante las cargas públicas, conforme al cual si la actividad del Estado necesariamente es en beneficio de toda la colectividad y pese a ello ocasiona daños<sup>22</sup>, tales menoscabos han de ser reparados a los efectos de restablecer la igualdad lesionada.

Entonces, a fin de concretar lo que hasta el momento se ha expuesto, se considera de vital importancia tomar como puntos de referencia dos casos que han sido estudiados por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, para que, de esta manera, sea factible determinar la existencia o no de responsabilidad que sea imputable al Estado propiamente, y, en virtud de ello, surja la obligación jurídica de reparar el posible daño antijurídico acontecido.

Mucho se ha insistido en que, al momento de establecer si el Estado debe responder patrimonialmente por daños causados, lo primero que se debe imponer en el análisis es descifrar la naturaleza del daño mismo, para establecer si es antijurídico o no, y solo después, deberá abrirse paso el análisis relacionado con la imputabilidad-nexo causal- y con la conducta generadora que sirvió como causa eficiente. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se presentan situaciones análogas con decisiones idénticas, lo cual nos permite establecer nuestro juicio de al respecto, conforme al «vacío» que nos ponen de presente los pronunciamientos que se traen.

<sup>22</sup> De la misma forma que ocurre en materia de responsabilidad por acto legislativo, no corresponderá diferenciar según el ejercicio del poder constituyente sea lícito o ilícito, a efectos de la responsabilidad estatal.

**PRIMER CASO:** Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de diciembre de 1995. Radicación N°: S-470. Actor: Feisal Mustafá Barbosa. Demandado: Nación – Asamblea Nacional Constituyente. C.P. Diego Younes Moreno.

La situación fáctica que nos interesa se resume de la siguiente forma: *Feisal Mustafá Barbosa, en ejercicio de la acción de reparación directa, formuló demanda<sup>23</sup> contra el Estado colombiano, solicitando que se declarara su responsabilidad respecto de perjuicios de índole material e inmaterial, teniendo como fundamento el desconocimiento y suspensión del período constitucional de cuatro años para el cual fue elegido como SENADOR PRINCIPAL por el pueblo colombiano el día 11 de marzo de 1990, el cual, comenzó el 20 de julio de 1990 y se suponía terminar el 19 de julio de 1994. Sustenta dicho desconocimiento en la actuación que desplegara la Asamblea Nacional Constituyente, al consagrar los artículos 1° y 3° de la actual Constitución Política, la cual se expidió el 4 de julio de 1991 al clausurar el Congreso legalmente elegido y convocar nuevas elecciones para el 27 de octubre de 1991.*

**SEGUNDO CASO:** Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 1996. Radicación N°: 10243. Actor: Arturo López Urresta y Otro. Demandado: Nación– Asamblea Nacional Constituyente. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

En esta oportunidad, la situación fáctica se sintetiza así: *el 18 de marzo de 1993, los señores Arturo López Urresta y Jenaro Pérez Gutiérrez, actuando a través de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa formularon demanda<sup>24</sup> contra la Nación - Asamblea Nacional Constituyente por los daños y perjuicios tanto de índole moral como material, ocasionados a los poderdantes por «...la injusta e inconstitucional revocatoria del mandato que como REPRESANTES A LA CÁMARA les había conferido el constituyente primario en las elecciones del 11 de marzo de 1990 para el período constitucional 1990-1994». De esta manera, se consagró la obligación impuesta a los Constituyentes de respetar el período del Presidente y de los elegidos el día 11 de marzo de 1990, dentro de quienes se encontraban los Senadores de la República y Representantes a la Cámara.*

<sup>23</sup> Dentro del libelo demandatorio, el actor solicitó de la misma manera como pretensiones el reconocimiento y pago por concepto de perjuicios materiales los resultantes probatoriamente en el curso del proceso, así como lo correspondiente a perjuicios morales, intereses, y, la pretensión específica a repetir contra los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que, con su actuación, causaron el pago y daños al demandante.<sup>24</sup> Los prenombrados demandantes solicitaron, a título de indemnización, por perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro en favor de cada uno de ellos y por los materiales la cuantía que resulte probada en el proceso, sumas que requieren debidamente actualizadas a la fecha de la sentencia.

<sup>24</sup> Los prenombrados demandantes solicitaron, a título de indemnización, por perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro en favor de cada uno de ellos y por los materiales la cuantía que resulte probada en el proceso, sumas que requieren debidamente actualizadas a la fecha de la sentencia.

Tenemos entonces, que se presenta un *cliché* respecto de las situaciones anteriormente descritas, las cuales giran en torno a la tarea que le fue encomendada a la Asamblea Nacional Constituyente. En este orden de ideas, lo que se debate en estas glosas redundante en la posible responsabilidad patrimonial del Estado por una decisión de la asamblea nacional constituyente, reunida el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, dando como resultado positivo los artículos 1° y 3° transitorio<sup>25</sup> de la Constitución Política vigente, de tal suerte que los miembros de la asamblea agregaron unas disposiciones ajenas al objeto de la convocatoria.

De esta manera, teniendo como referencia a Zuluaga (2008), encontramos que el mandato establecido en el artículo 90 constitucional, descansa en el deber que tiene el Estado de proteger y garantizar la efectividad de los derechos que se reconocen a los administrados, los cuales no pueden ser vulnerados por daños que lesionen su patrimonio y que alteren la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas; efectos estos que los hace antijurídicos en sí mismos. (Tamayo, 2000)

Con base en lo expuesto, se resalta que, teniendo como derrotero los casos esbozados al inicio de este capítulo, y para hacer uso del título jurídico de imputación que se cita, nos referiremos en específico al daño especial como herramienta jurídica – imputatio iuris-la cual hace parte del régimen general del que se habla (Consejo de Estado, sentencia de 20 de febrero de 1989).

Este título jurídico de imputación encuentra sus cimientos en el desequilibrio de las cargas públicas, que se presenta cuando un afiliado asume cargas mayores a las que le corresponden, generándose así una condición desequilibrada con respecto a los demás, por tal razón se hace necesario enmendar esta situación a fin de restablecer el equilibrio perdido. Se debe tener en cuenta que este tipo de responsabilidad solo se aplica a una persona o grupo determinado de personas –congresistas- que hayan sufrido un daño, puesto que si este es padecido por la totalidad de los administrados no tendría carácter indemnizable, en la medida en que sería una carga que todos están obligados a soportar y por tanto no habría lugar a desequilibrio.

Entonces, para los eventos que nos interesan, podríamos identificar los elementos que permiten configurar el título jurídico de imputación de la siguiente manera:

<sup>25</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 3° transitorio: «Mientras se instala, el 1° de diciembre de 1991 el nuevo Congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República». Los prenombrados demandantes solicitaron, a título de indemnización, por perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro en favor de cada uno de ellos y por los materiales la cuantía que resulte probada en el proceso, sumas que requieren debidamente actualizadas a la fecha de la sentencia.

**1. Actuación:** la Asamblea Nacional desconoció los *derechos subjetivos* de los congresistas en ejercicio, ocasionando la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. De esta manera, a pesar de que a partir de la vigencia de la nueva Carta Política los congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 quedaron sin funciones, sin embargo, continuaron reconociéndose sus sueldos y derechos patrimoniales hasta el 30 de noviembre de 1991, admitiéndose así la existencia de derechos inherentes a su propia condición<sup>26</sup>.

**2. Existencia del daño:** el daño se materializó en dos momentos. El primero, cuando se hace la convocatoria para elecciones generales del Congreso de la República para el 27 de octubre de 1991, lo cual va a quedar condensado en el actual artículo 1° transitorio constitucional; y, el segundo momento tiene que ver con el día 1° de diciembre de 1991, cuando se instaló el nuevo congreso por parte del presidente de la república, y las comisiones que venían ejerciendo debieron entrar en receso sin la posibilidad de ejercer ninguna de sus atribuciones.

**3. Relación de causalidad:** fue legítima la actividad del constituyente y con ella se lesionaron derechos de los demandantes, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño grave a un grupo restringido de personas –los congresistas–, presentándose, además, un nexo de causalidad entre la actividad lícita estatal y el daño inferido, sin que haya lugar a encasillar el *sub judice* dentro de otro régimen diferente dentro de la responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo planteado, se utiliza entonces el título jurídico de imputación del *daño especial*, toda vez que la carga que genera una utilidad colectiva –Asamblea Nacional Constituyente–, y el servicio del legislador, ha de enfocarse para todos en general y ha de distribuirse proporcionalmente entre los demás miembros de la comunidad, para no afectar única y exclusivamente a una o varias personas del mismo grupo, es decir, a los encargados de la prestación del respectivo servicio, en cuyo favor se impone el reconocimiento.

<sup>26</sup> La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 9 de octubre de 1990 consideró «que los actuales períodos de los funcionarios mencionados en el punto 9°. A), del acuerdo político incluido en la parte considerativa del Decreto 1926 de 1990 no podrán ser afectados...», criterio que así mismo compartió en su momento el Presidente de la República al emitir un comunicado referente a la sentencia comentada y reiteró en la clausura de la legislatura de 1990 al expresar: «Los miembros recién elegidos de la Asamblea son conscientes de que, como lo reiterara la Corte en sus trascendentales pronunciamientos de este año, la reforma debe estar dirigida a fortalecer y profundizar las instituciones y la democracia participativa, y de que, como ya lo señaló la Corte en su fallo, los períodos de los funcionarios elegidos, como el Presidente de la República o los congresistas, no podrán ser modificados...»

Se concluye, entonces, la posibilidad de imputar y reclamar responsabilidad al Estado, con base en lo argüido a lo largo del presente análisis, de tal suerte que se ha cumplido con la meta trazada en virtud de la cual se pretendía establecer un aporte jurídico y conceptual sobre los fallos inhibitorios en sede administrativa, los cuales han sido objeto de estudio, y, por consiguiente, establecer el posible título jurídico de imputación que se encaja en esta ocasión.

### Conclusiones

En primer término, podemos concluir que el *nuevo modelo constitucional latinoamericano* que ha tomado como punto de inflexión a Colombia, debe entenderse como resultado de la «migración de ideas» que hacen parte del proceso actual de globalización del derecho, y en este caso particular del derecho constitucional, y no como un caso exitoso de autodeterminación jurídica y política. (Restrepo, 2009)

La finalidad de la responsabilidad del Estado es la reparación de los daños acaecidos a la *víctima* en tanto sea posible, para dejarla en el mismo estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso, o en su defecto, en los casos en que sea imposible reparar el daño, debe compensarse a fin de brindar una solución al detrimento ocasionado. Así las cosas, con la actuación de un *poder constituido* como lo es la Asamblea Nacional Constituyente, se han generado daños antijurídicos a ciertas personas dentro de la sociedad, los cuales, en esencia, versan sobre el desconocimiento de *derechos subjetivos adquiridos*, los que, sin duda alguna tienen la posibilidad de ser exigibles por vía judicial, con el fin de obtener la indemnización por parte el Estado al ser desconocidos y vulnerados de manera flagrante.

En este orden de ideas es posible reconocer que la Constitución del 91 no cumplió la principal expectativa para la que fue convocada, una de las cuales, la más importante, era el logro de la paz y, a por medio de ella, la garantía de la vida. Y, ciertamente, como ya se ha reconocido, más allá de sus aciertos y fortalezas en la defensa de derechos fundamentales, tampoco logró concretar lo que era otra de sus grandes aspiraciones: *la de una auténtica y eficaz democracia participativa*. La Constitución no consiguió consolidar las condiciones de posibilidad de la reconciliación nacional, como era la paz, ni de respeto a los derechos humanos mínimos, como podía ser el respeto a la vida. Ese fue el gran fracaso y eso es lo que constituye la gran debilidad de la Constitución de 1991, que hoy en día nos coloca de nuevo en la necesidad *de replantear un proceso constituyente*. (Mejía, 2006).

El proceso constituyente colombiano de 1990-1991 y los procesos de Venezuela (1999) y Ecuador (2007) que utilizan como referencia tanto su desenvolvimiento como la interpretación del poder constituyente originario que allí se genera, suponen

importantes novedades respecto de la aplicación y procedibilidad de un *modelo constitucional* que hace referencia al *nuevo constitucionalismo latinoamericano* amparado en las premisas del *neoconstitucionalismo*.

A manera de corolario se expresa entonces que es factible imputar responsabilidad al Estado, utilizando como título jurídico de imputación el *daño especial*, toda vez que acontecieron sucesos que se describieron a lo largo del análisis, los cuales fueron ratificados y apoyados por el Gobierno nacional pese al desconocimiento que se hiciera respecto del período constitucional para el cual habían sido elegidos los congresistas en el año de 1990, y ello permite hablar de un grupo *especial* al que se le generaron daños de índole antijurídica, dando como resultado el *rompimiento de la igualdad de las cargas públicas* respecto de los administrados que se encontraban en estas circunstancias particulares.

Así, queda en el ambiente el «sinsabor» que se presenta entre un poder constituido y un poder constituyente que no logra armonizarse, tal y como ha quedado demostrado en nuestra historia constitucional, siendo la Carta de 1991 el producto de una Asamblea Constituyente que se desligó del mandato primigenio encomendado por el constituyente primario, que, en todo caso, no debió haber culminado con la modificación total del orden constitucional vigente entonces y con la consecuente expedición de una nueva Constitución Política. Se colige entonces que la historia constitucional Colombiana es la historia de la desarmonía entre el poder constituyente, social y político, de sus sujetos, y su poder constituido jurídico-político.

### Lista de Referencias

- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Barboza, A. (s.f.). El juez ordinario como juez constitucional. *Democracia y modelos constitucionales de los Estados latinoamericanos*. 1-12.
- Bohórquez, J.P. (2006). El poder constituyente, fundamento de la democracia. Carl Schmitt. Bogotá. *11 (2)*, 525-555.
- Brewer, A. (2011). *El proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991 como antecedentes directos del proceso constituyente y de algunas provisiones de la Constitución venezolana de 1999*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- Cerra, L.E. (2004). La constitución no es el límite. Impugnación de actos legislativos. Los límites del poder constituyente. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 22, 105-136.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 20 de febrero de 1989*. C.P. Antonio José Irrisarri.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 13 de julio de 1993*. C.P. Juan de Dios Montes.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia de 13 de diciembre de 1995*. C. P. Diego Younes Moreno. Radicación N° S-470.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia de 26 de enero de 1996*. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación N° 10243.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 138 de 9 de octubre de 1990*. M. P. Hernando Gómez Otálora, Fabio Morón Díaz. Expediente No. 2214 (351-E).
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un reconocimiento metateórico. *Isonomía*, 85.
- Cristi, R. (2008). La lección de Schmitt: poder constituyente, soberanía y principio monárquico. *Revista de Ciencia Política*, 28 (2), 17-31.
- Gargarella, R. (2010). Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 3-259.
- Jímenez, C. (Septiembre-diciembre de 2006). Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa. *Revista Análisis Político*, 58, 132-156.
- López, J. D. & García, S. (2011). La Constitución de 1991: de un siglo de liberalismo clásico, a dos décadas de un utópico Estado social de derecho. *Vniversitas*, 8, 257-276.
- Martínez, R. (Julio-diciembre de 2008). Asambleas constituyentes y nuevo constitucionalismo en América Latina. *Tempo Exterior*, 17, 5-15.
- Mejía, O., Mejía, A., Sanín, A., Oberlaender, J., Cuellar, M. & Amador, S. (2005). *Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia*. En G. Rodríguez (Ed.). Bogotá: Uniandes.

- Mejía, O. (Julio-diciembre de 2006). Poder constituyente, crisis política y autoritarismo en Colombia. *Jurídicas*, 3(2), 47-82.
- Murillo, G.& Gómez, V. (2005). Elementos de la reforma constitucional en Colombia y el nuevo marco institucional. *Desafíos*, 12, 242-264.
- Naranjo, V. (1998). *La reforma constitucional colombiana de 1991. Experiencias constitucionales en el Ecuador y en el mundo*. Quito, Ecuador: Projusticia-Coriem.
- Naranjo, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*(10ª ed.). Bogotá: Temis.
- Negri, A. (1994). El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 3-259.
- Noguera, A.& Criado de Diego, M. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 13(1), 15-49.
- Núñez, J.I. (2011). Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: distinguiendo. *Revista de Derecho*, 35, 264-289
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 339-354.
- Ramírez, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, D. (2009). Entre originalidad institucional y recepción filosófica. Apuntes críticos sobre el nuevo modelo constitucional latinoamericano. *Cuadernos sobre relaciones internacionales, regionalismo y desarrollo*, 4(7), 39-64.
- Risso, M. (2005). Responsabilidad del Estado causada en el ejercicio del poder constituyente. En *Seminario Internacional de Derecho Constitucional: Reforma Constitucional*. Llevado a cabo en la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Rossi, L. (2004). El poder constituyente y el líder plebiscitario: formas de la nación en la teoría política de Carl Schmitt. *Revista Signos Filosóficos*, 6(12), 117-146.
- Rousseau, J.J. (2005). *El Contrato Social*. Bogotá: Gráficas Modernas.

- Sieyés, E. (1988). *Qu'est ce que le TiersEtat*. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales.
- Schneider, H. P. (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tamayo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado. El daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Temis.
- Viciano, R. & Martínez, R. (Junio de 2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 3-259.
- Viciano, R. & Martínez, R. (s.f.). *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* España: Universidad de Valencia.
- Zuluaga, R. (2006). Variaciones en torno al proceso constituyente de 1991. *Revista Zona de Publicación Semestral*, 1, 31-41.
- Zuluaga, R. (2008). ¿Supremacía o reforma? Una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia. *Vniversitas*, 116, 3-52.