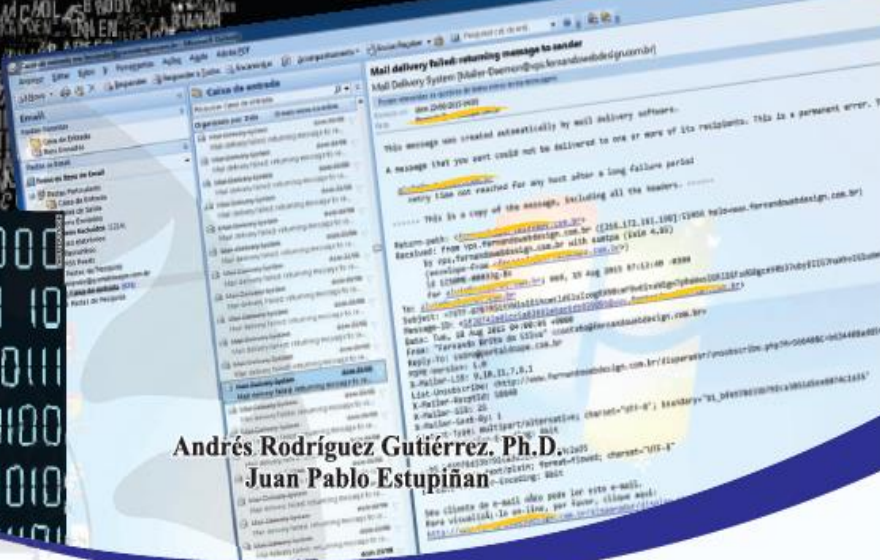


La Responsabilidad del Estado en Colombia por Falla en el Servicio de Medios Electrónicos



Andrés Rodríguez Gutiérrez, Ph.D.
Juan Pablo Estupiñán



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
EN COLOMBIA
POR FALLA EN EL SERVICIO
DE MEDIOS ELECTRÓNICOS**

ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ. PH.D.
JUAN PABLO ESTUPIÑAN.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA POR FALLA EN EL SERVICIO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



Rodríguez Gutiérrez Andrés; Estupiñan Juan Pablo

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA POR FALLA
EN EL SERVICIO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, Rodríguez Gutiérrez Andrés;
Estupiñan Juan Pablo. Tunja: Búhos Editores Ltda., 2018

199 páginas; 17x24 cms.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978-958-8561-97-4

Directivos

P. José Ferdinando RODRÍGUEZ RUIZ, O.P.
Rector

P. José Antonio BALAGUERA CEPEDA, O.P.
Vicerrector Administrativo - Financiero

Fr. Javier Antonio CASTELLANOS, O.P.
Vicerrector Académico

Comité Editorial

P. José Ferdinando RODRÍGUEZ RUIZ, O.P.
Rector

Fr. Javier Antonio CASTELLANOS, O.P.
Vicerrector Académico

P. José Antonio BALAGUERA CEPEDA, O.P.
Vicerrector Administrativo - financiero

María Ximena Ariza García, PhD ©.
Directora Ediciones Usta Tunja

Primera edición, 2018

ISBN: 978-958-8561-97-4

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

Todos los derechos reservados conforme a la ley.

Se permite la reproducción citando la fuente.

El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad de los autores y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.

Diagramación e impresión: Búhos Editores Ltda.



Ediciones Usta
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
2018

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.
Ley 23 de 1982

BIOGRAFÍA AUTORES

ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ PHD.

Nació en la ciudad de Fusagasugá, en el Departamento de Cundinamarca, en donde cursó sus estudios de primaria y bachillerato en el Colegio Ricaurte de los Hermanos de La Salle, para luego ingresar a la Universidad Santo Tomás de Bogotá, obteniendo el título de abogado en el año 2002. Posteriormente, luego de pasar un año en la Universidad de la Sorbona de París IV, perfeccionado el estudio de la lengua francesa, ingresa a la Universidad Panthéon – Assas, París II, graduándose con honores, en el año 2004, como Magíster en Ciencia Administrativa, habiendo tenido como director de tesis al renombrado Profesor Jacques Chevallier. Posteriormente ingresa a la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, cuna de la escuela del servicio público de Léon Duguit, graduándose una vez más con honores formales e institucionales, como Doctor en Derecho en el año 2010, bajo la dirección académica del célebre y prestigioso Profesor Jean du Bois De Gaudusson. Profesionalmente se ha desempeñado, entre otras, como Director de la Especialización en Derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y Director de la oficina de Asesoría legal de la Gerencia jurídica de la Empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de la ciudad de Bogotá. Actualmente es socio de la firma de abogados Asesorías y Consultorías Jurídicas SAS, abogado externo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, desempeñándose igualmente en el mundo académico como profesor de pregrado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y profesor de posgrados, a nivel de Especialización, Maestría y Doctorado, en las Universidades de los Andes, del Norte, Icesi, Libre, Rosario, Sabana, Santo Tomás y Sergio Arboleda, entre otras. Ha sido invitado como conferencista a las Universidades Montesquieu Bordeaux IV, Francia, Escuela de Gestión pública plurinacional de la Paz, Bolivia y a la Universidad de Konstanz, en Alemania.

Agradecimientos

A la memoria y legado de mi abuelita, Rosa de Rodríguez, gracias ...

JUAN PABLO ESTUPIÑÁN.

Nació en la ciudad de Bogotá, donde estudió su primaria y bachillerato en el Colegio San Mateo Apóstol, para luego ingresar a la Universidad de los Andes a estudiar Derecho. Allí, de la mano de profesores como Antonio Barreto Rozo y Diego López Medina, se interesó por temas de Derecho Constitucional, trabajando con ellos como monitor en sus clases de Teoría General del Estado, Derecho Constitucional y Juez e interpretación constitucional, además de colaborar al profesor Barreto en sus investigaciones. En la misma Facultad conoció al profesor Andrés Rodríguez Gutiérrez con quien enseguida comenzó a trabajar como monitor en la materia de Responsabilidad del Estado. Ya graduado, continúa trabajando en la Universidad como Tutor/Profesor Asistente en la materia de pregrado Juez e interpretación constitucional, de la mano de los profesores Juan Jacobo Calderón y Aura María Cárdenas; con el profesor Barreto en materias como Derecho Constitucional Económico y proyectos académicos diversos, también trabaja allí mismo como Gestor Académico de la Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia que dirige el Profesor Diego López Medina.

Agradecimientos

Primero que todo, quiero agradecer a mis padres, quienes sin quererlo y sin influenciar de ninguna manera mi decisión, me formaron de tal manera que lo único que podía estudiar era Derecho. Especialmente agradezco a mi mamá, quien juiciosamente se leyó, corrigió y criticó este texto con el amor y dedicación que solo una madre tiene. A mi abuelita y a María, que completan el matriarcado en el que me crie, sus enseñanzas siempre fueron y serán importantes para mí. A Alejandra, por acompañarme en el tiempo que investigué, leí y releí cada frase de este texto. Quiero también agradecer a profesores como Antonio Barreto y Diego López quienes han confiado en mí y me han apoyado y enseñado el amor por la labor de ser profesor y por el derecho constitucional. Quiero agradecer a Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo por despertar en mí la intención de ser un mejor hombre, a Catalina Botero, quien supo entenderme y hablarme con una inteligencia emocional incomparable. Por último, pero con demasiada importancia, al profesor Andrés Rodríguez Gutiérrez quien confió en mí para colaborar en este arduo proyecto que hoy ve la luz

PRÓLOGO

*Iustitia est constans et perpetua voluntas
suum cuique tribuendi.*

Tomás de Aquino.

Para los frailes dominicos es siempre motivo de alegría el “nacimiento” de un nuevo texto, en primer lugar, por el valor patrimonial para una sociedad en la medida en que nutre la reflexión y que perdura luego en el tiempo; en segundo lugar, por constituirse luego en tradición y lugar colectivo de conocimiento que puede ser nutrido con nuevos aportes y reflexiones por parte de pensadores posteriores. Es en este horizonte de sentido que nos regocijamos con este bello y profundo texto que toma por nombre **“La responsabilidad del estado en Colombia por falla en el servicio de medios electrónicos”** cuyos autores son los maestros Andrés Rodríguez Gutiérrez y Juan Pablo Estupiñán, a quienes agradecemos por su esfuerzo y empeño en formalizar este proyecto de investigación y poder comunicarlo a una sociedad que necesita que los esfuerzos académicos puedan ser conocidos y comunicados para el mayor número de personas posibles.

De otra parte, quiero usar la voz de Umberto Eco quien nos indicaba el valor de un texto en el sentido de su importancia social y humana, en este caso para nuestro departamento de Boyacá, de manera especial, pero también para la Comunidad Educativa de la Santo Tomás: “Un texto, tal como aparece en su superficie (o manifestación) lingüística, representa una cadena de artificios expresivos que el destinatario debe actualizar. En la medida en que debe ser actualizado, un texto está incompleto.

Por dos razones. La primera no se refiere sólo a los objetos lingüísticos que hemos convenido en definir como textos, sino también a cualquier mensaje, incluidas las oraciones y los términos aislados. Una expresión sigue siendo un mero flatus vocis (expresión vacía) mientras no se la pone en correlación, por referencia a determinado código, con su contenido establecido por convención: en este sentido, el destinatario se postula siempre como el operador (no necesariamente empírico) capaz, por decirlo así, de abrir el diccionario a cada palabra que encuentra y de recurrir a una serie de reglas sintácticas preexistentes con el fin de reconocer las funciones recíprocas de los términos en el contexto de la oración. Podemos decir, entonces, que todo mensaje postula una competencia gramatical por parte del destinatario, incluso si se emite en una lengua que sólo el emisor conoce (salvo los casos de glosolalia, en que el propio emisor supone que no cabe interpretación lingüística alguna, sino a lo sumo una repercusión emotiva y una evocación extralingüística). Es una comunidad y sus autores los que le dan el sentido pleno a la acción transformadora de un texto. (*Lector in fabula, Barcelona, Lumen, 1987*)

En este sentido los maestros Andrés y Juan Pablo logran elaborar una obra académica que desde la investigación se inscribe en la tradición de la Orden de Predicadores de la **disputatio**, comprendida no en el sentido de una polémica vana, sino en el de un lugar de **encuentro** de diversos puntos de vista y autores sobre un mismo tema. El texto tiene en este sentido una vastísima y magnífica tradición jurídica que se entrelaza con el diálogo de escuelas jurídicas y del pensamiento de diversos académicos situados en su adecuado contexto y momento histórico como soporte argumental de las tesis planteadas. A su vez, los autores transitan de una manera delicada entre los distintos momentos históricos de la reflexión del derecho en perspectiva de la comprensión del campo central del conocimiento que ellos desarrollan en lógica de presente, lo cual es de una altísima pertinencia en razón a las actuales discusiones en el ámbito de los estados contemporáneos y los desarrollos que la reflexión jurídica está manifestando en estos nuevos campos del derecho.

De manera particular destaco en el profesor Andrés su tono en la escritura, bastante cálido, que permite aún a los no iniciados en el derecho una lectura fácil y comprensible del texto, aspecto que denota la madurez

intelectual y pedagógica fruto de su experiencia como docente. Es evidente la integración de su labor académica con los estudiantes que se refleja en la manera didáctica de presentar los argumentos y en la estructura metodológica del texto. El maestro tiene la capacidad de incorporar reflexiones elaboradas desde la comprensión de lo que los estudiantes plantean como elemento de discusión, pero tiene la intuición de referir estructuras intelectuales elaboradas para hacerlas comprensibles y de fácil acceso para los estudiantes y con los colegas en investigación universitaria. Traslada la calidez de sus diálogos cotidianos a la escritura nutriéndola de la disciplina jurídica propia de su responsabilidad intelectual.

El contenido de este texto tiene como elemento de contexto una comprensión moderna de las responsabilidades del estado y las nuevas fronteras de la estructuras dialogales entre ciudadanos y gobiernos, lo que el autor denomina la discusión del estado posmoderno y las implicaciones, tanto bondades y limitaciones, en la perspectiva de lo que significa en las reflexiones contemporáneas las responsabilidades y las formas en que estas han ido evolucionando hasta uno de los campos centrales como es el de los medios electrónicos. En este sentido encontramos un valioso aporte a un campo del conocimiento en el derecho del que aún no se encuentran muchas reflexiones particularmente en nuestro País y de manera más limitada en nuestro departamento. Considero que el texto expresa una posibilidad maravillosa para los operadores de la justicia en la medida en que puede ayudarles a comprender lo que en este campo moderno del derecho se está discutiendo y la manera en que debe ser apropiado frente al planteamiento de esos nuevos derechos por parte de los ciudadanos.

El texto nos permite comprender que la unidad del derecho y de la ciencia jurídica tiene su fundamento en una justicia dinámica, expresión no sólo del estricto orden legal sino también y sobre todo de la *recta ratio* que debe gobernar, tanto los comportamientos de las personas, como los de la autoridad. Esto es lo que afirma santo Tomás de Aquino cuando recuerda que “toda ley positiva humana, en tanto tiene fuerza de ley, en cuanto deriva de la ley natural” (“*Omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur*” (*Summa Theol.*, I-II, q. 95, a. 2)).

En la tradición jurídica de la Iglesia las categorías *derecho* y *justicia*, en cuanto operantes al estructurarse los ordenamientos jurídicos, constituyen otras tantas llamadas a una *justicia superior* que se convierte en criterio de confrontación para cada comportamiento jurídicamente relevante, el que surge de los legisladores hasta el de cuantos, de diferentes modos, actúan en el campo de la justicia. En efecto, a partir de la esencia misma del derecho brota inmediatamente la exigencia de garantizar la *salus animarum* como criterio de la correcta relación entre la norma jurídica y las aspiraciones legítimas de los *christi fideles*. El ordenamiento jurídico de la comunidad humana tiende en primer lugar a realizar la comunión de personas, haciendo prevalecer la dignidad de toda persona, en la igualdad sustancial y en la diversidad de las funciones de cada uno. En realidad, esta diversidad no es simplemente expresión de una “exigencia funcional”, también es índice de la peculiar visión antropológica cristiana y de la realidad sacramental e institucional de la Iglesia.

En este sentido, y como se expresa en el texto, los ordenamientos jurídicos presentan hoy lagunas preocupantes con respecto a los sectores donde los progresos de la tecnología y de la investigación científica, así como los nuevos estilos de vida, han planteado interrogantes inéditos. En estos casos el recurso a funciones de suplencia, o a la analogía con otras situaciones y normas jurídicas, no siempre resulta adecuado; también muestra todos sus límites la aplicación del criterio según el cual es moralmente permitido y practicable lo que el ordenamiento jurídico no prohíbe o en el caso particular los medios electrónicos. En este sentido resulta particularmente novedosa la propuesta de los autores de incorporar la reflexión en un ámbito de “frontera” en el campo de las acciones humanas y en la reflexión del derecho.

Los autores nos hacen ver una situación cultural poniendo de manifiesto la creciente carencia de referencias a presupuestos éticos y a valores que funden el orden social inspirados en la doctrina moral objetiva que está en el origen de toda convivencia humana justa. Así pues, es preciso reafirmar que la función legislativa, en cualquier nivel, no puede encontrar justificación o fundamento recurriendo simplemente a la aplicación de la sola regla de la mayoría, puesto que, como se subraya en la encíclica *Veritatis splendor* “la doctrina moral no puede depender ciertamente del simple respeto de

un procedimiento; en efecto, esta no viene determinada en modo alguno por las reglas y formas de una deliberación de tipo democrático”. (n. 113).

Se trata, por desgracia, de actitudes existentes no sólo en las relaciones ordinarias entre los Estados, sino también en los procesos de integración supranacional, que a menudo parecen orientados a separar la dimensión material y social del hombre de las dimensiones ética y religiosa, con consecuencias inmediatas también en la esfera política y normativa. El hecho religioso no puede equipararse a una mera convicción subjetiva y, sobre todo, no puede reducirse a una manifestación individual de culto, puesto que, por su naturaleza intrínseca, la religión conlleva la exigencia de una expresión comunitaria y de una adecuada formación de sus miembros. El derecho y las reflexiones jurídicas resultan entonces particularmente relevantes para las personas de fe en la medida en que les ayudan a traducir sus responsabilidades éticas en compromisos cristianos concretos en el campo de sus deberes de ciudadanos.

El criterio de fondo de todo ordenamiento jurídico recto debe ser siempre la referencia a la persona humana, en cuanto depositaria de una dignidad inalienable, tanto en su dimensión individual como en la comunitaria. Así, es importante hacer todo lo posible para llevar a cabo una efectiva tutela de los derechos humanos fundamentales, pero sin elaborar en torno a ellos teorías y comportamientos orientados a privilegiar sólo algunos aspectos de estos derechos, o los correspondientes a intereses y sensibilidades particulares de un determinado momento histórico. De este modo se olvidaría el principio esencial de la *indivisibilidad* de los derechos del hombre, que tiene su fundamento en la unidad de la persona humana y en su dignidad intrínseca.

Un aspecto final que deseo destacar de los autores es el que la investigación plantea una visión crítica de la realidad y una mirada crítica del derecho. Es decir, las lecturas críticas de las ciencias son un valor particular muy alto para el mundo científico, en la medida en que permite realmente transformar los discursos de las ciencias para salir de la repetición acrítica de contenidos a nuevas formas representativas y simbólicas que reinterpretan los saberes de esa disciplina científica. En este sentido los maestros Andrés y Juan Pablo se atreven a situarse desde el

interior de la disciplina estableciendo juicios críticos maduros para buscar desde dentro las dinámicas de un derecho a veces referido a sí mismo y a sus propios paradigmas. Estos elementos son conocidos de modo coloquial por nuestros maestros como “experiencias endogámicas”

Agradezco a los autores el esfuerzo y el empeño puesto en lograr la publicación de esta magnífica obra. Los que los conocemos damos fe del esfuerzo y entusiasmo que han puesto en la publicación de este texto y comprendemos el servicio que prestan a las personas cuando con su dedicación y cuidado toman tanto tiempo personal y profesional para poder evidenciar en la escritura esta noble acción humana. Enhorabuena y esperamos otros proyectos más como aporte a la tradición jurídica del departamento de Boyacá.

Con las palabras de Fray Bruno Cadoré O.P, Maestro de la Orden de Predicadores, con motivo de los 800 años de la fundación de la Orden de Predicadores, deseo poner en las manos de las personas de buena voluntad este texto y agradecer reiteradamente a los autores su compromiso para con nuestra sociedad.

“La proclamación de esta buena nueva de la vida, de la belleza y del amor pensamos deba apoyarse en idiomas diversos, marcados por las diferentes culturas y sus contextos. Y hemos destacado varios de estos idiomas, además del de la conversación, del anuncio o de la explicación. Es el lenguaje del testimonio de la vida, individual y comunitario. También es el lenguaje de la ternura, de la misericordia y del perdón. Es asimismo el lenguaje que responde a aquellos y aquellas que en este mundo están hambrientos de palabras liberadoras. Es el lenguaje de los gestos que plantean una necesidad de justicia, restauran el tejido social, crean dialogo entre las instancias sociales y políticas para iniciar una trama de solidaridad. Es el lenguaje del derecho que aproxima a las personas y reivindica la justicia para con las personas marginadas de la sociedad. Es el lenguaje de la justicia que se empeña en el equilibrio de las sociedades y el camino para volver a atar lo que la injusticia ha roto. Pero también son los lenguajes del escritor bajo sus formas diferentes que se unen a la capacidad de búsqueda de belleza y de verdad fundamental para el ser humano”

Fray Jorge Ferdinando Rodriguez Ruiz, O.P

TABLA DE CONTENIDO

BIOGRAFÍA AUTORES.....	5
PRÓLOGO.....	7
INTRODUCCIÓN.	17
CAPÍTULO 1: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NEOPOSMODERNO.	19
SECCIÓN A: MIMETISMO COMO FENÓMENO DE EXPORTACIÓN JURÍDICA.....	21
SECCIÓN B: ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN FRANCIA.....	25
SECCIÓN C: TRANSFORMACIÓN AUTÓCTONA: UN LOGRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.....	28
SECCIÓN D: LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LA CONSAGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA CREACIÓN PROPIA DEL “TERCER MUNDO”.....	35

CAPÍTULO 2. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	43
---	----

SECCIÓN A: TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	45
---	----

Responsabilidad por riesgo	46
----------------------------------	----

Daño especial	47
---------------------	----

Responsabilidad por expropiación u ocupación de inmueble en caso de guerra.	49
---	----

Responsabilidad del Estado por trabajos públicos.....	50
---	----

SECCIÓN B: TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y SUS MODALIDADES.	52
--	----

Falla anónima.....	55
--------------------	----

Falla presunta	56
----------------------	----

Falla relativa.....	57
---------------------	----

SECCIÓN C: EL PARADIGMA FRANCÉS: EL FALLO BLANCO, “LA FAUT DU SERVICE” Y SU PARALELO EN COLOMBIA.	61
--	----

SECCIÓN D: ¿LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO HERRAMIENTA EN LA FALLA DEL SERVICIO? NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINALES.	69
---	----

CAPÍTULO 3. ANTECEDENTES DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SITUACIÓN ACTUAL. UNA VISIÓN CRÍTICA.	73
--	----

SECCIÓN A: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	75
--	----

SECCIÓN B: TRATAMIENTO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY 1437 DE 2011.	90
--	----

SECCIÓN C: MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SU APLICACIÓN TOP-TO-DOWN: PROPUESTAS DE UN NUEVO ENFOQUE.	93
--	----

SECCIÓN D: PARALELO ENTRE EL TRATAMIENTO TRADICIONAL Y EL QUE ACTUALMENTE SE LE OTORGA A LA NOTIFICACIÓN Y AL VALOR PROBATORIO....	95
--	----

SECCIÓN E: LA MANIPULACIÓN Y VALORACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO ELECTRÓNICO.....	100
--	-----

CAPÍTULO 4. LA FALLA EN EL SERVICIO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS: UN NUEVO RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA.	107
---	-----

SECCIÓN A: LA SENTENCIA T-286 DE 2013: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	109
--	-----

SECCIÓN B: LA SENTENCIA T-286 DE 2013: UN ANÁLISIS PROCESAL ADMINISTRATIVO DE LA DECISIÓN.....	113
--	-----

SECCIÓN C: LA FALLA EN EL SERVICIO EN LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CASO RUÍZ MÉNDEZ: UN ANÁLISIS APLICADO.....	119
---	-----

SECCIÓN D: LA APARICIÓN DE UN NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	123
EPÍGRAFE	127
BIBLIOGRAFÍA.....	129

INTRODUCCIÓN

“La responsabilidad del Estado por falla en el servicio de medios electrónicos”, es el título de la presente investigación, la cual busca vislumbrar la responsabilidad del Estado existente por un título de imputación, que con la promulgación del código de procedimiento y contencioso administrativo-Ley 1437 de 2011- se encuentra positivizado por primera vez, y de manera expresa, la falla en servicio en el apartado concerniente a medios electrónicos.

Primeramente, abordaremos la responsabilidad del Estado posmoderno, desde su aparición más conocida, influenciada por la jurisprudencia y doctrina francesa a través de figuras como el mimetismo. Punto seguido, estudiaremos los antecedentes históricos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia con los fallos más importantes que cambiaron para siempre la forma tradicional de ver el Estado, con la afirmación del Rey Luis XIV *“l’État c’est moi”* traducido al español como *“el Estado soy yo”*. Seguidamente, analizaremos, los postulados del Derecho Administrativo colombiano, como transformación autóctona donde se enuncian las primeras formas de responsabilidad del Estado antes y después de la aparición del Consejo de Estado, la evolución de los diferentes tipos de responsabilidad hasta llegar a la Constitución de 1991 y a la noción de daño antijurídico, como una creación propia del tercer mundo, en donde se enuncian los postulados de la Constitución de Cundinamarca de 1811, la cual, vislumbra por primera vez en el mundo, el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado con más de sesenta años de anterioridad al conocido Fallo Blanco de 1873; y 160 años de la *“novedosa”* concepción de *“daño antijurídico”*, el cual deja en tela de juicio quién fue el verdadero mercader del derecho: si algunos colombianos en Francia y España, o unos franceses y españoles en Colombia; concluyendo en el primer capítulo, el recibimiento con

beneficio de inventario, las influencias francesas y españolas en el campo del Derecho Administrativo colombiano.

En el segundo capítulo, se examinará con detalle el clásico título de imputación conocido como *“falla del servicio”*, su desarrollo jurisprudencial y sus diferentes modalidades tanto en la doctrina francesa como en la colombiana. Para ello, se estudiarán los principales títulos de imputación como daño especial, riesgo excepcional, entre otros. Hasta desembocar en la estricta retórica del legislador, con la concepción de origen legal de la falla en servicio en la Ley 1437 de 2011, con miras a desnudar las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en lo que atañe a la forma de imputar los daños ocasionados por la falla en el servicio.

En el tercer capítulo, se abordarán los antecedentes legislativos de los medios electrónicos, y su diferencia con los medios escritos. Concerniente al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se analizará el capítulo de medios electrónicos de la mencionada Ley, donde se suscita la recepción por esta de vía de los medios de prueba y demás documentos dentro del proceso y procedimiento administrativo y judicial; así mismo, se estudiará el tratamiento y el valor probatorio de cada uno de estos, teniendo como base, doctrina y jurisprudencia extranjera para el manejo de las problemáticas que suscita la implementación de esta tecnología en el procedimiento contencioso administrativo. Finalmente, se trata de hacer una adaptación del derecho privado, no solo nacional sino internacional, en lo que atañe a la manipulación, verificación del material probatorio por vía electrónica, teniendo como fundamento la legislación francesa, alemana, española y anglosajona; así como la Ley modelo del proyecto UNCITRAL, para poder deducir en términos electrónicos lo más adaptable al campo del derecho administrativo colombiano.

El cuarto capítulo evidencia un nuevo régimen de la responsabilidad a través de la falla en el servicio de medios electrónicos, para ello, se analizarán casos en concreto de la jurisprudencia colombiano, principalmente de la Corte Constitucional, hasta llegar a establecer un nuevo tipo de responsabilidad dada la positivización de la falla en el servicio en la Ley 1437.

CAPÍTULO 1

**LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO NEOPOSMODERNO**

La responsabilidad del Estado en Colombia ha sido fuertemente influenciada por el Derecho Administrativo francés y por la gran actividad de los jueces en la creación de la jurisprudencia. Por ello, conocer su historia, postulados básicos y situación constitucional actual, es imprescindible para llevar a cabo una lectura integral y un aprendizaje enriquecedor para la vida académica.

Se profundizará en el estudio que dio lugar a la creación y el desarrollo del Derecho Administrativo en Colombia, específicamente a las influencias y avances entorno a la responsabilidad del Estado; la cual, se fundamentó en las disposiciones del Código Civil, y a su vez del ordenamiento jurídico francés.

SECCIÓN A: MIMETISMO COMO FENÓMENO DE EXPORTACIÓN JURÍDICA.

Para referirnos al modo de influencia que tuvo el derecho francés, debemos estudiar el fenómeno a través del cual, se exportaron las ideas desde el antiguo continente hasta Latinoamérica. Según el Profesor De Gaudusson: se da mediante el proceso de “*mimetismo*”, el cual ha sido “*ampliamente estudiado en Francia y suscita controversias; por otro, la conceptualización de este fenómeno es una novedad en el ámbito jurídico colombiano.*”¹. Sin embargo, autores colombianos como Diego Eduardo López Medina, han estudiado el fenómeno, pero con una conceptualización diferente.

En primer lugar, el estudio que se le ha dado al fenómeno en Francia, donde el profesor De Gaudusson en su obra, ha considerado que “*la*

1 RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ANDRÉS, El Consejo de Estado, en Colombia y Francia en el Centro de los Fenómenos de Imitación. Tesis Doctoral, 2010.

adhesión de los constituyentes a los valores de la democracia liberal y pluralista, la recuperación de tal o cual principio de organización particular de los poderes públicos o aún al constitucionalismo en sí mismo”². Estos procesos de imitación se han presentado principalmente por fenómenos como la mundialización y la globalización, no solo en temas jurídicos sino en temas sociales, políticos y económicos, en donde países en vía de desarrollo intentan seguir los pasos de los países desarrollados; por esta razón, países como el nuestro, se interesaron por los instrumentos técnicos y científicos, y decidieron implementar instituciones y normas a través de la imitación con el objetivo de mejorar y lograr su desarrollo.

El profesor Jean Rivero³, también de origen francés, explica que un *“Estado puede innovar e inventar soluciones originales a su situación, pero puede también, y este es el enfoque más utilizado, buscar en otro Estado las instituciones que funcionen con las soluciones existentes para el problema propio*”⁴. Conforme a lo anterior, es evidente que la imitación se presenta por una necesidad de desarrollo, ello como una justificación de las adaptaciones de ideas y procesos que han sido innovados en otros países.

Retomando al autor colombiano Diego López Medina, explica que estos fenómenos de *“copia”* obedecen a factores históricos, señala que *“a principios de la vida republicana, Colombia era una copia europea, ahora, probablemente es copia de Norteamérica”*⁵. Este autor explica su hipótesis a través de *“la teoría transnacional del derecho”*, en donde argumenta que existen centros de producción y zonas de recepción; siendo los lugares de

2 DU BOIS DE GAUDUSSON JEAN, L'influence du Droit Français sur les institutions juridiques du tiers-monde, coloquio de derecho público que tuvo lugar en la Universidad Santo Tomás, del 4 al 6 de octubre de 2007, Bogotá.

3 RIVERO JEAN, Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif, Mélanges Ganshof Van Der Meershe, tome troisième, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 619-639

4 RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ANDRÉS, Óp., Cit., p. 13.

5 LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana. 2005. Legis. Bogotá

producción, aquellos sitios en donde se han tomado el trabajo de innovar con debates ius-teóricos y creación de instituciones y normas apelando a la realidad social de sus países acreditados y con un nivel académico incomparable.

De otro lado, los sitios de recepción, transfieren esas ideas de los países de producción, y las implementan dentro de los estados periféricos, intentando dar soluciones a sus problemáticas sociales. Sin embargo, sostiene el autor que al adecuar estas teorías, se hace de forma torpe, toda vez que en estos lugares no se tiene el mismo nivel académico, y por ello se hace una mala lectura de las ius-teorías, los contextos son totalmente diferentes y las circunstancias y estructuras también difieren en muchos puntos *“El esquema general del argumento de Diego Eduardo López Medina es que en las áreas de recepción se producen transformaciones y tergiversaciones de las ideas provenientes de los lugares de producción”*⁶.

Como se expresará a lo largo de este primer capítulo, las instituciones y los conceptos, en palabras del Profesor López Medina⁷, han sido trasplantados desde el sitio de producción (Francia), al sitio de recepción (Colombia), o en palabras del profesor De Gaudusson⁸, éstos se han mimetizado. No obstante, no podemos quedarnos solo con la idea de la *“simple copia”* de teorías al interior del país, en razón de que éstas han hecho transmutación o transformación teórica. Según López Medina las transmutaciones contribuyen con grandes aportes que enriquecen culturas jurídicas reales, es decir que no se adapta únicamente a la teoría, sino que se amolda a la realidad del sitio de recepción, y contribuye con la forma en la que es interpretado, estudiado y entendido un autor desde lo local; esa transformación también genera teoría transnacional del derecho y puede llegar a ser tan novedosa y enriquecedora como la creada en el sitio de producción.

6 RODRÍGUEZ, Op., Cit. p. 13

7 LÓPEZ. Op., Cit.

8 DU BOIS DE GAUDUSSON, JEAN. La Justice en Afrique. Revue Afrique Contemporaine No. 156 Special 4 Trimestre. Paris. La Documentation Française. 1990.

El profesor De Gaudusson considera que *“en lo que tiene que ver con la reproducción idéntica de artículos, de reglas y de mecanismos, esa reproducción debe ser interpretada con prudencia. Ella puede ser el resultado de un verdadero proceso de elaboración normativa y de una elección determinada y deseada. La historia no nos ha enseñado que pueden existir varias interpretaciones de unos mismos textos y que éstos son susceptibles de ser reapropiados en función de un contexto y de circunstancias diferentes a aquellas que han precedido a su definición inicial.”*⁹, es decir, en la trasposición de normas hay una verdadera reapropiación de las mismas dado el contexto particular. Negar la influencia del mimetismo en los temas de responsabilidad del Estado es negar la historia en su totalidad.

Sin embargo, al retomar las ideas de autores como el profesor Quintero Navas, quien sostiene el pensamiento de que en los países en los que se acogen teorías o instituciones creadas por otros Estados se genera una simple copia, encontramos que esto no se corresponde tan exactamente con la realidad, debido a que en estos sitios de recepción existe una adaptación de las teorías al mundo jurídico real que lo trasplanta, muestra de ello es:

*“(...) el Consejo de Estado colombiano, en tanto que “producto final” del trasplante Francia - Colombia, por utilizar los términos de la teoría impura de Derecho, es efectivamente mucho más que una simple copia del Consejo de Estado francés”*¹⁰.

*“A diferencia del Consejo de Estado francés, una de las características propias del Consejo de Estado colombiano, es su estatus constitucional reconocido por los textos constitucionales, el cual ha guardado a lo largo de su existencia”*¹¹.

9 DE GAUDUSSON Op., Cit.

10 RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ANDRÉS, El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Francés. Aproximaciones y Diferencias, en Revista Principia Iuris No. 15, Universidad Santo Tomás de Tunja. 2011, p. 285

11 Ibid. p. 290.

*“Contrariamente al caso colombiano, en Francia no es necesario tener el título de abogado para poder integrar dicha corporación. En Francia por ejemplo, un filósofo o un médico pueden hacer parte del Consejo de Estado”*¹².

SECCIÓN B: ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN FRANCIA.

Es ineludible referirse al *fallo Blanco*, como el punto de partida y de referencia en la jurisprudencia colombiana relativa al régimen general de la responsabilidad del Estado. Pese a que ilustres exponentes¹³ se opongan a este mainstream académico, argumentando que incluso antes de la expedición éste, la influencia anglosajona y española ya había llegado al derecho Administrativo colombiano, es inexorable decir que el cimiento más importante de la responsabilidad del Estado y del Derecho Administrativo es de procedencia francesa.

En desarrollo de este postulado teórico, es el célebre “*fallo blanco*”¹⁴ proferido por el Tribunal de Conflicto Francés, el 8 de febrero de 1873, el que da cabida al concepto de responsabilidad extracontractual del Estado. Este se determinó que el Estado era responsable por los daños ocasionados a Agnès Blanco, una niña de cinco años, quien al tratar de atravesar la vía férrea en la ciudad de Bordeaux (Francia), fue atropellada por una vagoneta de la Compañía Nacional de Manufactura de Tabaco, servicio que operaba a cargo del Estado. Como consecuencia de este accidente, a la menor le fueron amputadas sus piernas, razón por la cual su padre dio inicio a la reclamación judicial a través de una acción civil. Buscando la declaración de la responsabilidad civil del Estado y la indemnización de los daños y perjuicios causados.

12 Ibid. p. 296.

13 MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL ALEJANDRO. Los Modelos de control administrativo en Colombia. Bogotá. Ediciones Uniandes, 2012.

14 Fallo del Tribunal des Conflits, 8 de febrero de 1873, Disponible En: file:///C:/Users/UsuarioUsta/Downloads/Fallo%20Blanco.pdf.

Dentro del estudio fáctico y jurídico del caso, el Tribunal consideró que la causa pretendi no se orientaba a la responsabilidad del Estado en persona civil, sino al Estado actuando en la gestión de los servicios públicos¹⁵. De igual manera, se planteó que el principio de la responsabilidad estatal no se rige por las normas del código civil, sino por reglas especiales propias de los servicios públicos, lo cual culminó en la creación de la jurisdicción Contencioso Administrativa en cabeza del Consejo de Estado Francés.

Más tarde, fallos como el “*Pelletier*” del 30 de julio de 1873, reafirmaron la responsabilidad del Estado en sí misma, distinguiendo la falla personal de la falla en el servicio¹⁶, donde la primera se caracterizaba por su ausencia de vínculo con el servicio el cual podía resultar de la malicia o gravedad del sujeto, y que por ello, debía responder ante los tribunales judiciales; mientras que en la segunda, el tribunal administrativo se declara competente para conocer el caso cuando la causa del daño provenía del actuar irregular del funcionario, haciendo responsable a la Administración en razón de la imposibilidad de indemnizar el daño debido a la insolvencia del agente. Lo cual dejaba a la víctima desamparada.

Autores como Ciro Güechá, consideran que el fallo “*Pelletier*” es donde se reconoce por primera vez la falla en el servicio, título de imputación que se desarrollará en el segundo capítulo de esta obra¹⁷.

En este mismo sentido, se profirieron fallos como el “*Anguet*”¹⁸, 5 de febrero de 1911, donde se dio origen a la doctrina llamada: **“acumulación de faltas a la de responsabilidades”**¹⁹. **En el supuesto fáctico de la**

15 BURDEAU, FRANÇOIS, *Histoire Du Droit Administratif*, Paris, 1995. En: SAAVEDRA BECERRA RAMIRO, *La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Publica*, Ramiro, Bogotá, D.C: Ibáñez, 2008, p. 84.

16 VEDEL, GEORGES, *Derecho Administrativo*. Madrid. Aguilar. 1980. p. 275.

17 GÜECHÁ MEDINA, CIRO NOLBERTO. *La Falla en el Servicio: Una imputación Tradicional de Responsabilidad del Estado*. En: *Revista Prolegómenos- Derechos y Valores*, 2012 p. 95-109.

18 Consejo de Estado Francés, 5 de febrero de 1911, S., 1911.3.1.137.

19 VEDEL, Op., Cit. p. 276.

sentencia, el señor Anguet se encontraba en una oficina de correos cuando las puertas de esta se cerraron antes de la hora reglamentaria. Éste, no tuvo más remedio que salir por otra puerta, reservada al personal y que le había sido indicada a su vez por un empleado de la oficina. Sin embargo, cuando los demás agentes de correos lo vieron en esa parte restringida de la oficina para el público, lo sacaron con tan crueldad que le fracturaron una pierna.

El señor Anguet, aunque demanda en reparación al Estado, éste le niega su derecho a indemnizarle, basado en que el hecho generador del daño obedecía a la falta personal de los agentes y que, por ello, le debía exigir reparación a estos en tribunales judiciales.

El Consejo de Estado conoce el caso, y arguye que, si bien no niega la falta personal de los empleados, el servicio había funcionado de manera irregular, debido a que la oficina se había cerrado en un horario menor al previsto. Por lo cual, le era imputable al Estado la responsabilidad por falta del servicio, toda vez que una falta personal y una falta del servicio pueden presentarse alternativamente²⁰.

En consecuencia, estos fallos al igual que el “Feutry”, el “Lemonnier”, o la decisión “Tomaso-Grecco”²¹, dan arranque y consolidan la responsabilidad administrativa en Francia.

El Consejo de Estado Francés nace como una continuidad del Consejo del Rey, institución creada por Napoleón en 1799, asistido por Sieyès. Este órgano, con funciones estrictamente consultivas, sometido a la necesidad de la labor ejecutiva, va avanzando progresivamente hacia un modelo que deja de lado las labores consultivas, atribuyéndole funciones para juzgar, previa aprobación del rey, decisiones de carácter administrativo. Este tipo de Justicia Administrativa donde se requería la aprobación del Rey se llama “Justicia Retenida.” Posteriormente, con la reforma de 1872,

²⁰ Ibid. p. 276.

²¹ SAAVEDRA Op. Cit, p. 88.

aparece la “*Justicia Delegada*”, entendida como la potestad otorgada al Consejo de Estado Francés con la facultad autónoma de administrar justicia.

SECCIÓN C: TRANSFORMACIÓN AUTÓCTONA: UN LOGRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

En Colombia, el profesor Gustavo Quintero Navas en su capítulo “*La Construcción de la Responsabilidad del Estado en Colombia: Entre la dualidad de jurisdicciones y la Dualidad Jurídica*”²², escrito para el Manual de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes, afirma que quien detentaba la potestad de declarar la responsabilidad administrativa, era la jurisdicción ordinaria, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, a lo que denominó “*monismo jurisdiccional*”²³, aunque el artículo 151 de la Constitución Política de 1886, le había atribuido a esta Corte el conocimiento de “*los negocios contenciosos, en que haga parte la Nación*”²⁴, con anterioridad, en 1823 ya se comenzaba a reconocer el derecho a compensación por daños producidos con ocasión de trabajos públicos²⁵ con la promulgación de la ley 1 del 31 de julio, en razón del deber de indemnizar los perjuicios que pudieran ocasionarse a sus propietarios.

Como consecuencia de que la legislación de la época reconocía, en pocos casos, la indemnización de perjuicios a los particulares por el actuar del Estado, el tribunal competente para conocer la resolución de los casos era la Corte Suprema de Justicia, quien a través de su jurisprudencia empieza

22 QUINTERO NAVAS GUSTAVO. La Construcción de la Responsabilidad en Colombia: Entre la Dualidad de Jurisdicciones y la Dualidad Jurídica, p. 233.

23 Ibid.

24 Constitución Política de Colombia, 1886, artículo 151

25 Disponía el artículo 34. “Si algunos terrenos, molinos, acequias de regadío u otros establecimientos de cualquier especie, se desmejoraren o inutilizaren por causa de una obra pública, aunque esta no ocupe parte de ellos, se indemnizará a los propietarios de todos los daños que experimenten” LINO DE POMBO, Recopilación de leyes de la Nueva Granada, imprenta de Zoilo Salazar, Bogotá. 1845, Tratado I, parte IV, p. 89 En SAAVEDRA. Op. Cit. p. 95.

a plantear interrogantes, los cuales dan cabida a la responsabilidad del Estado en cabeza de una jurisdicción autónoma.

Dentro de sus primeros pronunciamientos, es pertinente evocar la sentencia del 22 de octubre de 1896, en donde se reconoce al Estado como una persona jurídica responsable. Al respecto considera que aunque “*el Estado como persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus propios bienes*”²⁶. Bajo este veredicto se reconoció al Estado como una persona jurídica con la obligación de reparar los daños causados con su actuar.

Posteriormente, fue emitido el fallo del 20 de octubre de 1898, el cual cobra gran importancia, toda vez que evoca el fundamento de la responsabilidad del estado en la noción de culpa por el hecho ajeno²⁷, la cual deriva del funcionario o agente que actúa en nombre del Estado y bajo las facultades que este le ha otorgado, todo ello con fundamento en lo que hoy se conoce como el deber de vigilancia y cuidado en el Derecho Civil colombiano.

El Tribunal Ordinario, tuvo competencia para resolver asuntos administrativos entre 1914 y 1964, aplicando normas de derecho y de procedimiento, de allí el ineludible carácter privatista del derecho administrativo para educadores como Miguel Malagón,²⁸ quien sustenta la idea de que el Derecho Administrativo Colombiano, es de origen español y anglosajón, obedeciendo al modelo jurisdiccional planteado en principio. El poder judicial administrativo era detentado por la Corte Suprema de Justicia, con base en ello se justifica la tradición española y de las reales audiencias. Sin embargo, como se tratará en los párrafos subsiguientes de

26 QUINTERO Op., Cit. P. 234

27 Código Civil Colombiano, artículo 2347.

28 MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL ALEJANDRO. OP. CIT

la obra, la mayoría de instituciones mimetizadas provienen del derecho francés.

El Profesor Malagón expone que la implantación de un modelo judicialista en donde la Corte Suprema de Justicia controla la administración, ello es sin duda el reflejo de un insumo español, lo anterior lo justifica, siguiendo a otros doctrinantes en la *“tradición colonial española y en concreto en la derivada de la real audiencia”*.²⁹ Así mismo, rescata en su obra el influjo estadounidense, en cuanto a la Corte y el *“judicial review”* como la forma de control. Es pertinente resaltar, que, bajo nuestra opinión, el modelo anglosajón finalmente fue el que aportó la mayor influencia al momento de adaptación del máximo tribunal ordinario, la Corte Suprema de Justicia como entidad judicial que controló en principio el poder ejecutivo.

El 30 de Octubre de 1817, surge el Consejo de Estado, mediante decreto emitido por Simón Bolívar; actualmente, institución jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, su creación respondió a una provisionalidad o *“lógica de urgencia o “coyuntural”*³⁰. *El libertador, inspirado en las ideas Napoleónicas de Francia, más específicamente del Consejo de Estado francés, dotó al organismo de un poder meramente consultivo y de asesoría, debido a que el poder decisorio frente a asuntos administrativos aun lo detentaba la Corte Suprema de Justicia, presentándose así al igual que como ocurrió en Francia, una “dualidad jurisdiccional”*.

Es de anotar que la dualidad jurisdiccional que se dio en Francia, obedeció a criterios históricos y de necesidad de una jurisdicción especial, diferente a la ordinaria, mientras que, en Colombia, en palabras del profesor Quintero Navas, únicamente respondió a la necesidad de acercamiento a la teoría francesa.

29 MALAGÓN OP., CIT.. CITANDO A JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I

30 CAZALIS, PIERRE. (1996) “La logique du stratégique” en Les administrations qui changent, Innovations techniques ou nouvelles logiques? Ouvrage collectif sous la direction de G. Timsit, Université de Paris. En ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Instituciones Judiciales y Democracia.

Mientras que el Consejo de Estado en sus inicios únicamente detentaba funciones de consulta y de asesoría, la Corte Suprema de Justicia, sostuvo *“la facultad de conocer las controversias que resultaren de los contratos y negocios celebrados por el poder ejecutivo o a su nombre”*³¹ desde el año 1830, las cuales mantuvo durante las Constituciones emitidas con posterioridad. En 1832, el Consejo de Estado tenía funciones similares a las de un Consejo de Ministros. En 1843 el órgano consultivo es suprimido por primera vez, y logra reestablecerse 43 años más tarde, hasta los inicios constitucionales del Consejo de Estado en 1886³² y su real institución en 1914.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1886, es otorgada la actual función mixta, como cuerpo consultivo del gobierno y como cuerpo jurisdiccional, convirtiéndose así en el Juez de la Administración³³. No obstante, es hasta 1964, que el Consejo de Estado se instaura como único juez de lo contencioso administrativo, desplazando finalmente a la Corte Suprema de Justicia y superando de esta manera la dualidad jurisdiccional que existía.

Conforme a lo anterior, es importante resaltar que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, estuvo dominada en principio por la Corte Suprema de Justicia (más no por el Consejo de Estado), debido a que asumía el conocimiento de los asuntos que llegaban a configurar la responsabilidad del Estado, basándose así en normas de Derecho Privado,

31 GÜECHÁ MEDINA CIRO NOLBERTO. Derecho Procesal Administrativo. Tercera Edición. Universidad Santo Tomás. Sede Tunja. Editorial Ibáñez. 2014. p 52

32 RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ANDRÉS, En Revista Principia Iuris No. 15, Universidad Santo Tomás OP., CIT. P. 291

33 Ibid.

apoyadas por ejemplo, en las distinciones y grados de culpa del Código Civil³⁴.

Retomando a línea cronológica, promulgada la Constitución de 1886 y en un intento por ejecutarla, se presenta el Acto Legislativo N° 03 de 1910, por medio del cual se pretende la sanción de la ley orgánica para la implementación del Consejo de Estado como tribunal con competencias judiciales. El proyecto no fue aprobado por el Gobierno de turno, y no fue posible su implementación real. En virtud del Acto Legislativo se promulgaron leyes como la Ley 88 del mismo año, por medio de la cual se aceptaba un control administrativo por parte de tribunales y conocimiento del recurso de apelación por parte de la Corte Suprema de Justicia³⁵.

Sería hasta 1913 mediante la promulgación de la Ley 130, primer Código Contencioso Administrativo en Colombia, en el cual se mimetizan, del ordenamiento jurídico francés, las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, denominadas como “*recurso por exceso de poder y recurso de plena jurisdicción*”³⁶. Instaurando como cabeza

34 En este aspecto de transitoriedad que ha tenido la justicia de asuntos contenciosos, se expresa de manera muy clara el Profesor Gustavo Quintero Navas identificando a lo largo de varios fallos con distintas aplicaciones de doctrina civilista, similar a la española, en los fallos de materia de responsabilidad. Reconoce tal influencia hasta bien entrado el siglo XX, por demás e incluso debates teóricos que, incluyendo conceptos como falla del servicio, seguían buscando fundamento en el Código Civil hasta que finalmente los jueces acuden al artículo 19 de la Constitución de 1886. QUINTERO Op. Cit.

35 No sólo se suscribe a la cita de la norma, sino que presenta un caso ocurrido en 1913 donde la Corte Suprema de Justicia decide sobre la nulidad de una ordenanza expedida por la Asamblea del departamento de Santander. Óp. Cit., Malagón p.151.

36 GÜECHÁ OP., CIT.

de la jurisdicción el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso³⁷.

Así, es hasta 1914, con la ley 60, que se logró restaurar el Consejo de Estado como cabeza de la jurisdicción administrativa compuesto por dos Salas: asuntos generales y la de lo contencioso administrativo. Sin embargo, aún no detentaba totalmente las labores contencioso administrativas y tan sólo sostenía en su poder las labores consultivas, estas primeras siguieron siendo potestad de la Corte Suprema de Justicia, quien detentaba una competencia de carácter general y, por consiguiente, el Consejo de Estado detentaba el carácter residual de las mismas. Ello se mantuvo hasta el año de 1964, fecha en la cual finalmente el Consejo de Estado se instauró como el único juez de los asuntos contenciosos.

Finalmente, en 1973, se puede establecer con el fallo Vitalia Duarte viuda de Pinilla, la superación de la Responsabilidad del Estado con sujeción a la normatividad del derecho privado; toda vez que, con este veredicto, se crea el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Los hechos acontecidos en la época se resumen en que la señora Duarte poseía un inmueble, éste fue destruido por la acción armada ejercida por las Fuerzas Militares, en un intento por capturar al delincuente Efraín González, situación que de conformidad con la *obiter dicta* del Consejo de Estado; al Estado le corresponde indemnizar el perjuicio causado en virtud de que si bien éste debe propender por el bienestar y la seguridad nacional, los daños que cause en nombre de ellos, deberán ser reparados cuando no son distribuidas equitativamente las cargas que deben soportar los administrados.

37 El Profesor Malagón reconoce en su libro que la Ley 130 de 1903 es la implantación del modelo francés. Esto lo hace en su acápite *“Los últimos casos después de la Ley 130 de 1913. Aun así, muestra que en algunos lugares esta implantación se dio más rápido –en las periferias– que en el centro donde incluso después de tal promulgación legislativa, seguía la Corte Suprema ejerciendo control administrativo”*.

De lo anterior se reafirma lo ya avizorado; de un lado el carácter privatista³⁸ que el trasegar histórico impuso a la justicia contenciosa entre 1914 y 1964, donde la Corte Suprema de Justicia dio aplicación a normas del Derecho Civil con el fin de argumentar la responsabilidad del Estado, y su origen y cambio, lento, progresivo, y mayoritariamente jurisprudencial³⁹ otorgado por la fuerte influencia del Derecho Francés.

Sumado a lo anterior, la inexistencia de normas especiales, de carácter público que en la época francesa estaban mucho más delimitadas para sustentar decisiones netamente contenciosas, se contraponen con el escenario en Colombia, donde se dio aplicación a normas de Derecho Privado para tomar decisiones e incluso se llegó a hablar de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual del Estado.

38 Hoy en día se les da aplicación a normas del Código General del Proceso, por remisión directa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como por ejemplo los medios de prueba aceptados, normativas sobre documento público.

Hoy en día se les da aplicación a normas del Código General del Proceso, por remisión directa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como por ejemplo los medios de prueba aceptados, normativas sobre documento público electrónico, causales de recusación, notificaciones y nulidades, entre otros. (Ver art .40, 55, 130, 196, 200, 203, 208 y 209 ley 1437 de 2011) ello se abordará en los capítulos posteriores de la obra.

39 Sin duda, un importante insumo legal, del que pareciese surgir con fuerza es el concepto de “choque de trenes”. No obstante, sostenemos que su desarrollo fue mayoritariamente jurisprudencial pues fue por medio de decisiones judiciales que se resolvieron los conflictos de competencia normativa. Así, el profesor Malagón establece distinta normativa que ayudó progresiva –y de forma poco unitaria- al paso de un modelo de justicia contenciosa dominado por la Corte Suprema de Justicia, hacia uno dominado por el Consejo de Estado. Entre las normas citadas se encuentra la Ley 167 de 1941 que otorgó competencia en ciertos asuntos al Consejo de Estado; el Decreto 970 de 1942, que generó conflictos de competencia entre el Tribunal Contencioso y el Tribunal Ordinario; con la reforma de 1945 se pretendió ponerle fin a los conflictos de competencia sin embargo hasta la de 1968 junto con el Código de 1984 tuvieron un efecto regresivo en materia normativa al texto de la jurisdicción contenciosa y su competencia hacia el texto constitucional.

SECCIÓN D: LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LA CONSAGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA CREACIÓN PROPIA DEL “TERCER MUNDO”.

Como bien sabemos, hasta la Constitución de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico un artículo general expreso sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia encontraron trazos disipados en la Constitución de 1886 sobre responsabilidad estatal, y el Decreto 01 de 1984, afianza la jurisdicción contenciosa administrativa, es la Constitución de 1991 en su artículo 90 la que consagra expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado.

Desde el punto de vista histórico, los antecedentes del artículo 90 visualizan el fin de plasmar en la Carta Política el concepto de daño antijurídico. A su vez, mimetizado del artículo 106 de la Constitución Española, materializando la responsabilidad patrimonial en estos términos:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran cualquiera de sus bienes y sus derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”⁴⁰.

En este sentido, es el profesor García de Enterría, quien arguye una formulación de responsabilidad directa al sistema español; no como un sistema de simple cobijo a los daños causados por actos ilícitos de los agentes del Estado, como aparecen en ordenamientos como los norteamericanos, ingleses, alemanes e italianos, sino como un sistema contemplado desde la perspectiva del dañado y no desde la acción del agente causal, razón por la cual se ha llevado a la denominada “*objetivización*” de la responsabilidad

40 Constitución Española de 1978, artículo 106.

patrimonial de la Administración⁴¹. Por ende, la cláusula general de la Constitución española se opone inicialmente a la noción tradicional de culpa o ilicitud de la actuación administrativa, sustituida primeramente por las circunstancias del patrimonio de quien ha sufrido el perjuicio, velando por la protección y garantía del patrimonio de quien no ha buscado, no ha querido, ni ha merecido el daño antijurídico.

El eje del sistema en la responsabilidad patrimonial estatal español, es el concepto de lesión, que difiere en palabras del profesor de Enterría⁴² de la burda noción de perjuicio, el cual se entiende como un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera. Mientras que la lesión a la que se refiere la cláusula constitucional española, encierra este perjuicio bajo la esfera de la antijuridicidad, umbral de la obligación resarcitoria.

Es decir, en el sistema español el hecho de que la conducta del autor sea contraria a derecho, no la hace antijurídica subjetivamente. Un perjuicio muda a antijurídico y por consiguiente se acoge como “*lesión resarcible, siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo*.”⁴³. Siendo la antijuridicidad del perjuicio una antijuridicidad que recae en el perjudicado, más no en la concepción de si es o no contraria a derecho. Esta noción susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, del efecto de la acción administrativa, más no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño⁴⁴.

Dicho en otras palabras, el fundamento de este sistema no solo se basa en la configuración de los daños legítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “*funcionamiento anormal de los servicios*

41 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Curso de Derecho Administrativo. Bogotá-Lima. TEMIS. 2008. p. 362

42 Ibid. p. 362.

43 Ibid. p. 364.

44 Ibid. p. 365.

públicos”⁴⁵, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita.

Es imperioso aclarar, que, aunque el artículo 106 y su concepción de daño antijurídico de la Constitución española se remonta al año de 1978, la Constitución de Cundinamarca-Colombia- en 1811 en el artículo 4º del capítulo XIV que versa sobre disposiciones generales establecía lo siguiente:

*“La constitución no solamente garantiza la inviolabilidad de todas las propiedades, sino también la justa indemnización de aquellas cuyo sacrificio pueda exigir la necesidad pública, legalmente manifestada”*⁴⁶.

Ya había sido establecida no solo la concepción de responsabilidad en general, mucho antes del primer antecedente conocido como el famoso “*Fallo Blanco*” de 1873. Y no solo una primera forma de responsabilidad objetiva que se enmarcaría dentro de la actual concepción de daño especial, que, según la mayoría de los juristas han sido objeto de mimetismo o trasplantes jurídicos importados desde años venideros de Francia y España hacia Colombia⁴⁷. Aun así, encontramos que la Constitución de Cundinamarca del 30 de octubre de 1811, directamente desde la entonces Santafé de Bogotá, conserva la médula de la responsabilidad extracontractual del Estado-“*de origen francés*”- y la del concepto de daño antijurídico- “*de origen español*”.

Tan es así, el opaco aplauso que recibe la Constitución de Cundinamarca de 1811 de Santafé de Bogotá, al consagrar por primera vez en el mundo, la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el sentido de la noción de

45 Ibid. p. 364.

46 Constitución de Cundinamarca-Colombia-, 1811, artículo 4º del capítulo XIV.

47 Güechá Medina, Ciro Nolberto. Congreso, En: Primeras Jornadas Colombo-Francesas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Santo Tomas de Colombia y Université Paris II PANTHÉON-ASSAS, 31 y 1 de noviembre de 2016.

daño antijurídico, que ni el mismo Constituyente de 1991, nublado por tan impetuosas teorías acaparadas por las potencias mundiales que gobernaban aquella época, no se percató de mirar lo que consagraba a puertas adentro un país del tercer mundo, como lo es Colombia.

En un país como Colombia, un extraordinario laboratorio, como lo evoca el profesor y sociólogo más renombrado del siglo XX Pierre Bourdieu, donde cualquier cosa puede pasar, no es sorpresa la de un país que cuenta con una capacidad agrícola colosal, el cual tiene la fortuna de importar casi la mitad de lo que él mismo produce en alimentos⁴⁸, y que si lo importa en materia agrícola, no es de extrañarse que también importe en materia jurídica lo que fabrica en estas mismas latitudes y en porcentajes aún más alarmantes.

Será la Constitución de 1991, quien, en Colombia, bajo la influencia española incorpora en su artículo 90 la responsabilidad patrimonial del Estado de la siguiente manera:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”⁴⁹.

El desarrollo jurisprudencial, primeramente, de la Corte Suprema de Justicia y más consolidado posteriormente por el Consejo de Estado, ha permitido que el juez sea especializado en el campo de la responsabilidad del Estado. Claramente estos avances han sido auspiciados por el conflicto interno, lo cual ha llevado a un enriquecimiento de la cultura jurídica colombiana. En este sentido, la Corte Constitucional afirma que todas estas experiencias han llevado a esclarecer firmemente el artículo 90, consagrándolo como un principio constitucional constitutivo de la cláusula

48 Censo Nacional Agropecuario 2014. Disponible en: [En Línea] <<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/agropecuario/censo-nacional-agropecuario-2014>>.

49 Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 90.

general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de la naturaleza contractual como la extracontractual.⁵⁰

Así como el ordenamiento jurídico español se basa en la noción de lesión, entendida como antijurídica en sí misma, el ordenamiento colombiano se fundamenta en el daño antijurídico, para ello la Corte asevera que:

“(...) el daño antijurídico.... fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así la ponencia para segundo debate en la plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema: (...) la noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales, y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

(...) la responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del autor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.”⁵¹

En este mismo sentido la Corte Constitucional ha dicho:

“Es así como la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual este se reputa indemnizable. Esto significa obviamente

50 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

51 RAMÍREZ OCAMPO, AUGUSTO. Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia. En: Gaceta Constitucional, No. 12. (julio 03 de 1991) p. 7. En: Saavedra. Op. Cit., p. 170.

que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”⁵².

Ahora bien, el artículo 90 no es solo imperativo, sino que establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma establece dos requisitos para que opere la responsabilidad: que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, ya que este artículo no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual, sino que consagra un régimen general, por lo cual la corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario “*para esta corporación en el inciso primero del artículo 90 el que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual*”⁵³. Sino también en el sistema precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como el carácter de responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito contractual.

De esta manera, se articula un régimen que desde la Asamblea Constituyente, se buscó que la responsabilidad pudiese extenderse a la función judicial y legislativa, y que gracias a las iniciativas que tuvo el Consejo de Estado en mimetizar el modelo de responsabilidad formulado por García de Enterría entorno al daño antijurídico, permitió que la experiencia nacional no fuese una excusa para atropellar una vez más al ajusticiado, evolucionando hasta llegar a un fuerte literal respecto a la Responsabilidad del Estado, en aras de brindarle al afligido súbdito, en

52 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-333 de 1996. M.P Alejandro Martínez Caballero.

53 GIL BOTERO, ENRIQUE, La Constitucionalización del Derecho de Daños. Bogotá. Temis. 2014. p. 24.

tiempos de conflicto, mecanismos robustos en la garantía y protección de sus derechos.

Pese a que la percepción del profesor García de Enterría en cuanto al concepto de daño antijurídico que con frenesí suscita el Consejo de Estado hasta el día de hoy, para articular de manera integral la responsabilidad del Estado, simboliza los trasplantes particularmente producidos en Colombia de origen español; es allí donde dichos trasplantes nos dejan transformar la cultura jurídica para lograr avances en el siguiente sentido:

En primer lugar, el educador Saavedra Becerra evoca que la norma contenida en el artículo 90 de la Constitución, atribuye en voz activa, la responsabilidad al Estado cuando le fueren imputables los daños antijurídicos, en tanto que el texto del artículo 106.2 español, sin duda más acorde con el supuesto de consagrar la forma objetiva de la responsabilidad, empieza a referirse a “los particulares.” con voz pasiva, quienes tendrán derecho a ser indemnizados”⁵⁴.

En segundo lugar, la norma española expresa que el derecho de los administrados afectados deberá ser modulados por la ley, ya que ésta es la que determinará si será o no indemnizado, de igual forma hace la clara salvedad en los casos de “*fuerza mayor*” no procederá la reparación. Mientras que el artículo 90 en Colombia, no hace referencia alguna a los eximentes de responsabilidad, aunque la jurisprudencia acepte la causa extraña como rompimiento del nexo causal⁵⁵, no lo estipula en norma constitucional, en aras de propender en un futuro por la mayor protección posible, protección necesaria para permitir al país avanzar en términos de reparación de víctimas, y progresar hacia la construcción de paz con razones suficientemente fundamentadas en la experiencia nacional.

En este mismo sentido, la Constitución colombiana emplea taxativamente la noción de “*daño antijurídico*”, mientras que la Carta española acuñe el término “*lesión*” definido como el daño antijurídico por oposición al

54 Op. Cit., SAAVEDRA., p. 178.

55 Ibid. p. 178.

simple perjuicio⁵⁶. En este sentido la normatividad colombiana es mucho más nítida para los efectos que ello pueda conllevar.

A la Carta española igualmente le falta la precisión “*acción u omisión*” que plasma el artículo 90 de la Constitución española.

Frente a la imitación que se plantea, el profesor Tamayo Jaramillo afirma: “*el jurista colombiano que analice la doctrina y la jurisprudencia española y su posible recepción en el derecho colombiano se sorprenderá al ver las diferencias abismales que existen en los textos normativos de ambos ordenamientos jurídicos, lo que significa que es necesario recibir con beneficio de inventario lo que afirma la doctrina española*”⁵⁷.

Actualmente, dentro de los círculos más pronunciados de los que trabajan en temas de materia de Responsabilidad del Estado, así como en la más reciente doctrina se rescata que existen, pues, dos regímenes por los cuales se puede atribuir responsabilidad a la administración: el subjetivo y el objetivo, ambos derivados de interpretaciones gramaticales del artículo 90. El subjetivo se impuso pues, como regla general y el objetivo se ha reservado para las situaciones de riesgo excepcional⁵⁸ o daño especial⁵⁹. Dentro de este régimen subjetivo se encuentra el título de imputación que será el objeto de estudio del siguiente capítulo en específico y analizado de forma transversal e inductivamente: La falla en el servicio.

56 Ibid. p. 179.

57 TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. La Responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá. Temis. 1997. p. 24.

58 En palabras de Arenas Mendoza, el daño especial se presenta cuando “*el Estado actúa correctamente, pero se presenta un rompimiento en la igualdad en las cargas públicas y por ende el Estado debe indemnizar.*” Encontrado en: Arenas Mendoza, Hugo Andrés, La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la Constitución de 1991. Instituciones de Derecho Administrativo, Universidad el Rosario, Ibáñez, 2016. P. 36.

59 De nuevo y parafraseando a Arenas Mendoza Op.Cit., el riesgo excepcional es aquel donde frente a una correcta prestación de un servicio público se crea una situación de riesgo a uno o más particulares, como en la conducción de energía eléctrica.