Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y MEDIOS DE CONTROL:
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. UNA REVISIÓN DEL PAPEL
DEL JUEZ COMO GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Jairo García Suárez

**Tesis de grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho con
énfasis en Derecho Administrativo**

Directora

Dra. Carolina Bravo Vesga

Universidad Santo Tomás, Floridablanca

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2017

Contenido

	Pág.
Introducción	6
 1. La Tutela Judicial Efectiva como Derecho Fundamental en Colombia	 10
1.1 Aproximaciones conceptuales al campo de los derechos fundamentales	10
1.1.1 Los derechos fundamentales y su relación con los Derechos Humanos.....	13
1.1.2 Criterios de definición de los derechos fundamentales.....	176
1.1.3 La horizontalidad de los derechos fundamentales: la teoría “drittwirkung der grundrechte”.	 198
1.1.4 El bloque de constitucionalidad.	276
1.1.5 La Constitución Política como primer mecanismo de protección de los derechos fundamentales.	 29
1.1.6 La protección de los derechos fundamentales en el contexto colombiano.	34
1.2 La Tutela Judicial Efectiva	3940
1.2.1 El derecho de acceso a la administración de justicia.	43
1.2.2 El debido proceso.....	50
1.2.3 Efectividad de la sentencia.....	56
 2. Los Poderes del Juez en el Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho.....	 5860
2.1 Los Poderes del Juez Administrativo.....	59
2.1.1 ¿El Procedimiento Contencioso Administrativo es de carácter dispositivo o inquisitivo? .	59

2.1.2 El principio <i>iura novit curia</i> .	65
2.2 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho	73
2.2.1 Desarrollo histórico del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho.	74
2.2.2 El medio de control nulidad y restablecimiento del derecho bajo la vigencia de la Ley 1437 de 2011.	76
2.2.3 Causales de nulidad de actos administrativos.	82
2.2.4 Medidas Cautelares.	87
2.2.5 Propuesta de reforma del CPACA para ampliar los poderes del juez.	94
3. Análisis de las Sentencias de Segunda Instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander durante el año 2016.	102
3.1 Figuras.	101
3.2 Explicación de los resultados obtenidos	1207
4. Conclusiones	1285
Referencias	1396

Lista de Figuras

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Tipos de Derechos Reclamados en la Demanda.	104
<i>Figura 2.</i> Argumentos para apelar.	105
<i>Figura 3.</i> Sentencias revocadas, modificadas y confirmadas.	107
<i>Figura 4.</i> Argumentos del Tribunal Administrativo de Santander para confirmar la sentencia de primera instancia.	107
<i>Figura 5.</i> Argumentos del Tribunal Administrativo de Santander para modificar la sentencia de primera instancia.	108
<i>Figura 6.</i> Argumentos del Tribunal Administrativo de Santander para revocar la sentencia de primera instancia.	110
<i>Figura 7.</i> ¿Hay coherencia entre los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la <i>ratio decidendi</i> de las sentencias del Tribunal?	111
<i>Figura 8.</i> Anulación total, parcial o no anulación del Acto Administrativo demandado.	113
<i>Figura 9.</i> ¿Se acogen las pretensiones conforme lo solicitado en la demanda?	114
<i>Figura 10.</i> ¿Se restablece el derecho?.....	115
<i>Figura 11.</i> Ejercicio de los poderes oficioso del juez.	116
<i>Figura 12.</i> Sentencias con salvamento de voto.....	118
<i>Figura 13.</i> Fecha de presentación de la demanda.	119
<i>Figura 14.</i> Fecha de la sentencia de primera instancia.	119

Introducción

La Constitución Política de 1991 vela por la realización de los fines del Estado Social de Derecho entre los cuales se encuentra la tutela judicial efectiva como un pilar fundamental, entendido como la garantía que le asiste a todo ciudadano de contar con la intervención del Estado para lograr el reconocimiento y respeto sobre sus derechos legales y constitucionales; es decir contar con el apoyo de las instituciones para conseguir que sus derechos puedan ser oponibles frente a terceros que quieran impedir su goce o disfrute.

Lo dicho implica que la tutela judicial efectiva debe revisarse desde tres perspectivas: a) como posibilidad de acudir al sistema judicial sin dificultades u obstáculos, b) como la obligación que le asiste a las autoridades judiciales de proferir pronunciamientos de fondo que permitan solucionar el conflicto y/o tutelar el derecho una vez cumplido los requisitos de acceso y, c) como el cumplimiento y ejecución de la resolución o sentencia. Siendo así, el acceso a la justicia se configura con el desarrollo del proceso en pleno y ello es garantía de seguridad para los asociados.

En este orden de ideas aparece en escena el juez administrativo como el funcionario responsable de realizar un efectivo control judicial de las actuaciones de la administración pública para evitar que sea el mismo Estado, por intermedio de sus servidores y/o colaboradores, quien vulnere los derechos de los ciudadanos por encontrarse en una clara situación de desventaja e indefensión material.

Bajo estos supuestos fue concebida la actual legislación en materia contenciosa administrativa, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

(Ley 1437 de 2011), otorgando ciertos poderes al juez como por ejemplo: a)) sanear el proceso en la audiencia inicial para evitar posteriores nulidades (art. 180) y, b) ordenar pruebas de oficio (art. 213), por mencionar algunas, con el fin de lograr la consecución de una sentencia de fondo en cualquier proceso, sin importar el medio de control que se ejerza.

De los medios de control existentes (anteriormente denominados acciones contencioso administrativas), se resalta la importancia del denominado nulidad y restablecimiento del derecho, pues este no solo permite dejar sin efectos un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico, sino que además permite reparar las consecuencias lesivas que se hayan generado en su vigencia, las cuales corresponden con el concepto de daño antijurídico, y así garantizar la tutela judicial efectiva.

Dicha premisa trae como desafío cambiar el rol del juez competente ya que este no puede limitar su tarea a la subsunción del caso concreto en una disposición o ley determinada, y a la luz del principio de legalidad, para decidir si debe anular o no determinado acto administrativo, sino también propender por la protección de los derechos fundamentales y dado el caso resolver el litigio inaplicando la disposición legal sustento o fundamento del acto demandado, bien sea por su inconstitucionalidad o en determinados casos creando la norma que no existe por omisión legislativa, y así hacer realidad los anhelos del usuario de la administración de justicia.

Conforme a lo anteriormente dicho, es que la presente investigación busca dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿De qué manera debe afrontar el Juez Administrativo la garantía de los derechos fundamentales en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la tutela judicial efectiva?

Esta pregunta compleja por la diversidad de variables que la estructuran, hace necesario definir como objetivo central de esta investigación: Determinar la manera como el Juez debe

utilizar los poderes con que cuenta, para garantizar los derechos fundamentales en el medio de control de nulidad y restablecimiento, para obtener la tutela judicial efectiva.

Es así que para lograr la consecución del objetivo central de este trabajo investigativo, la ruta a seguir fue: a) revisar la protección de los derechos fundamentales en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho; b) revisar los poderes del juez en el medio de control nulidad y restablecimiento; y (c) determinar el alcance del uso de los poderes del juez para garantizar la tutela judicial efectiva en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho.

Para la consecución de dichos objetivos se desarrollaron tres capítulos: En el primero el lector podrá encontrar diversas teorías que propenden por la protección de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho, hasta llegar a la concreción de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental y elemento base de todo ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo se hizo una revisión del tipo de sistema procesal que impera en el proceso contencioso administrativo, paso seguido se realizó una descripción del desarrollo jurisprudencial del principio *iura novit curia*, posteriormente se presentó una reseña histórica del desarrollo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y finalmente el lector puede encontrar una revisión y análisis del medio de control objeto de estudio en el marco de la Ley 1437 de 2011, con el propósito de lograr establecer su incidencia en la eficacia de la tutela judicial efectiva para este medio de control.

Para ilustrar la manera que el juez contencioso administrativo garantiza la tutela judicial efectiva como mecanismo idóneo y eficiente de la protección de los derechos fundamentales, en el tercer capítulo se acudió igualmente, a la revisión y análisis de las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander en el año 2016 dentro del medio

de control estudiado, ello con el fin ilustrar cómo los jueces de primera y segunda instancia en el distrito judicial de Santander cumplen con el deber de proteger los derechos fundamentales garantizando la tutela judicial efectiva.

Por último, es importante señalar que este trabajo se encuentra destinado para la comunidad académica del Derecho interesada en conocer a detalle el procedimiento contencioso administrativo, en especial a los abogados litigantes y los jueces administrativos, siendo estos últimos quienes tienen el deber con la ciudadanía de garantizarles la obtención de una sentencia que resuelva de fondo sus problemas con la administración pública.

1. La Tutela Judicial Efectiva como Derecho Fundamental en Colombia

Con el objetivo de abordar la temática anunciada, el lector encontrará en el presente capítulo una descripción de las principales teorías constitucionales que tratan la importancia de promover y gestionar la protección de los derechos fundamentales por parte del Estado como responsabilidad propia y de los particulares, posteriormente se enunciará la implementación de dichas teorías en el ordenamiento jurídico colombiano, y finalmente se desarrollará el concepto de la tutela judicial efectiva en Colombia desde sus diferentes perspectivas y elementos.

1.1 Aproximaciones conceptuales al campo de los derechos fundamentales

Existe una multiplicidad de enfoques y perspectivas teórico-conceptuales sobre lo que significan y representan los derechos fundamentales. Las apreciaciones varían si se analizan desde los instrumentos internacionales que contienen los Derechos Humanos, desde la relación que tienen los mismos con la construcción de la democracia o como dispositivos frente a los desbordes del poder político o económico, desde la categoría de donde se dependen los mismos (políticos y civiles, económicos, sociales y culturales), etcétera.

El concepto de derechos fundamentales es explicado por el doctor Robert Alexy como normas que “tienen el carácter de principios [y por tanto] son mandatos de optimización” (2002, p. 13), lo cual significa que estos derechos no pueden reducirse a las relaciones Estado-ciudadano, pues al ser interpretados como principios, sus efectos se extienden hacia todos los ámbitos jurídicos y a lo largo del ordenamiento, vinculando no sólo al Estado y sus instituciones, sino también a terceros.

En este orden de ideas, los derechos fundamentales constituyen un tópico de especial preocupación para las sociedades modernas ya que su importancia radica en que son los “presupuestos del consenso sobre el que debe edificarse cualquier sociedad democrática” (Pérez, 2007), es decir, que son requisitos para lograr la cohesión social y una organización basada en la justicia y la protección de cada uno de los ciudadanos. Esta misma posición es compartida por otros autores como Ferreres quien señala que “en una democracia, la declaración de los derechos que figura en la Constitución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política (...) y deben reflejar el consenso básico de la sociedad” (2000, p. 33). Se puede inferir entonces, que los derechos fundamentales son tanto un presupuesto como un fin, es decir, configuran la base de la democracia y el sentido de consenso social, así como un objetivo democrático traducido en el desarrollo de garantías que permitan la efectividad de los mismos derechos.

Por su parte, el doctrinante Böckenförde (2000), comprende que el poder constituyente rebasa el ámbito del Derecho y tiene que ver sobre todo con el fundamento y legitimidad de su poder, aunque para ellos es obvio que el problema pertenece también al Derecho pues se encuentra vinculado a los datos pre-jurídicos que le sirven de fundamento y lo legitiman; en palabras del autor

[Sobre el] límite del Derecho constitucional, la pregunta por el poder constituyente puede plantearse desde distintas perspectivas. Si se atiende a un punto de vista genético, la cuestión gira en torno al origen histórico-político de la Constitución, a su aparición y a las fuerzas que participaron en ella (p. 161).

Así mismo, sostiene Böckenförde que los derechos fundamentales son requisito esencial para la democracia y por tanto criterios de definición, en ese orden, la primera clase de derechos en ser reconocidos son aquellos ligados con los derechos políticos y otros que resultan necesarios para

el goce de estos como el de la libertad, la educación y el de subsistencia. Siguiendo esta misma línea, el autor Bovero explica que los derechos fundamentales, desde una perspectiva general, delimitan el Estado democrático en cuanto a las decisiones que pueden tomar los órganos públicos, es decir que definen los límites de actuación y decisión de los poderes públicos pues aquello que cae por fuera del ámbito de los derechos fundamentales puede ser objeto de decisión, pero lo que se encuentra por dentro del campo de las normas constitucionales, y en especial los derechos fundamentales, “no es algo disponible para los órganos del poder democrático” (2002, p. 32).

Y es que dentro de cualquier sociedad democrática los derechos fundamentales representan elementos claves para afrontar los desbordes del poder, tanto del mismo Estado como de grupos privados. En todo caso, su reconocimiento a nivel constitucional permite que se construya una visión hacia el respeto y garantía de los mismos derechos considerados como fundamentales a través de la extensión de compromisos a los diversos actores tanto públicos como privados. En efecto, Asís explica cómo los derechos fundamentales “se identifican con un conjunto de pretensiones de los hombres que se plantean y se enfrentan con decisiones o situaciones de poder” (2000, p. 17).

Ahora bien, no se puede dejar de lado que los derechos fundamentales permiten sistematizar el contenido axiológico de los ordenamientos jurídicos y ofrecen bases para un funcionamiento pleno de la sociedad:

Desde los inicios del constitucionalismo hasta el presente, los derechos fundamentales han representado la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político, en su conjunto, se orientará hacia el respeto

y promoción de la persona humana presentándose, por tanto, como el marco básico para la protección de las situaciones jurídicas subjetivas (Pérez, 2007).

Sin embargo, a pesar de tener claridad sobre la importancia de los derechos fundamentales, existe gran dificultad para definir su concepto y establecer sus límites de aplicación; es por ello que a continuación se presentará el estudio realizado a diferentes autores y teorías que explican este tema desde ópticas diversas.

1.1.1 Los derechos fundamentales y su relación con los Derechos Humanos.

El concepto de derechos fundamentales, si bien cuenta con un amplio desarrollo conceptual, jurídico y doctrinario, su naturaleza ontológica resulta discutible, por ejemplo, para Esparza (2013, p. 22) los derechos fundamentales son todos aquellos que han sido incorporados a la Ley fundamental y que tienen como fuente los diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

En otras palabras, los derechos fundamentales lo son en la medida en que se sigue el proceso jurídico-legal de incorporación de los derechos contemplados en las declaraciones universales a los ordenamientos jurídicos internos donde son reconocidos como fundamentales, es decir la positivización de los Derechos Humanos.

Uno de los primeros acercamientos epistemológicos a los Derechos Humanos puede ser obtenido de los aportes de Bastidas, para quien este conjunto de postulados tiene un significado amplio y otro estricto: en sentido amplio resultan ser “derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica” (2013, p. 81); por otra parte, el

sentido estricto de los Derechos Humanos permite describirlos como “esos mismos derechos, pero en la medida que son reconocidos y protegidos en el ámbito internacional”.

De acuerdo a esto, el sentido amplio de los Derechos Humanos se refiere al reconocimiento de la dignidad humana y a la trascendencia de los mismos como una manera de resaltar el carácter humano de todas las personas, mientras que el sentido estricto de su concepto tiene relación con la protección efectiva por cada uno de los Estados que se han comprometido libre y espontáneamente.

Estos derechos son la afirmación de la dignidad humana, en donde es primordial para su reconocimiento que los poderes del Estado dispongan de su capacidad y de su poder al servicio de la persona. Menciona Nikken que los poderes públicos “no pueden ser empleados lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es constitucional” (1997, p. 23).

Por el contrario, el Estado está llamado en primera medida a satisfacer los intereses que se gestan en torno a los Derechos Humanos de tal manera que se propicie su goce y disfrute. Hoy más que nunca los Derechos Humanos como discurso y como práctica se encuentran vigentes: “reflejan necesariamente un proceso de continuidad histórica y de cambio. Desde que comenzaron a codificar los Derechos Humanos, la tendencia a ampliarlos ha estado siempre presente y operante. De forma que la lista de derechos nunca ha sido definitiva” (Nikken, 1997, p. 23).

En cuanto al desarrollo histórico de los Derechos Humanos, lo que denomina Abrisketa (2005) como continuidad histórica, se observa que los mismos tienen su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y continúan con los Pactos Internacionales de 1966 y otro grupo de cuerpos normativos. Son el resultado del reconocimiento del respeto a la

dignidad de la persona como principio rector de toda conducta, después de los momentos de catástrofe y horror profundo vividos con la segunda guerra mundial que dejó como resultado millones de muertes, torturas, desapariciones, violaciones sistemáticas, ruinas de regiones completas y la formación de dos bloques que vislumbraban una posible tercera guerra mundial.

Por ello, es que Berraondo menciona que los Derechos Humanos

Aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (2004, p. 134).

Por lo anterior, se puede decir que la idea de los Derechos Humanos corresponde a preposiciones en las cuales se encuentra incrustada la doctrina de que existe una “naturaleza humana universal” adquirida a través de medios racionales a pesar de pertenecer a un mundo abstracto, pero que de igual forma admite una dignidad en la persona que es “absoluta e irreducible que debe ser defendida por la sociedad o el Estado” (De sousa, 2002, p. 67).

Valencia (1997) al analizar el desarrollo histórico de los Derechos Humanos, describe que se desarrollaron en tres generaciones: la primera corresponde a los derechos civiles y políticos; la segunda generación a los derechos sociales, económicos y culturales, y la tercera generación a los derechos colectivos y de los pueblos. Los derechos de primera generación, los civiles y políticos, “surgen como revoluciones burguesas encaminadas a limitar el poder del estado y a potenciar la libertad de los individuos, en condiciones de igualdad”.

Por su parte, los de segunda generación surgen a comienzos del siglo XX como “respuesta a la crisis del capitalismo y generadas en las revoluciones de izquierda, en la extensión del socialismo y en la actividad de pensadores económicos”. Finalmente, los derechos

de tercera generación denominados derechos colectivos y de los pueblos, corresponden a los que se enmarcan en la autodeterminación de los pueblos y con beneficio a los individuos.

La defensa y protección de los Derechos Humanos son obligaciones del Estado de carácter internacional que en el plano interno colombiano se cumplen al consignarlos en la Constitución Política como derechos fundamentales y ampliados por el bloque de constitucionalidad, lo que permite que a nivel internacional la sociedad colombiana sea considerada como una sociedad civilizada.

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-406 de 1992, se pronuncia sobre el concepto de derecho fundamental utilizado por el constituyente, haciendo referencia más bien a los Derechos Humanos con el fin de tratar el tema bajo la clásica división de las tres generaciones de derechos humanos:

Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Así se desprende de la ponencia de la subcomisión segunda de la comisión primera, cuando afirma: "para determinar los derechos que deben figurar en nuestra Carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución del concepto de derechos fundamentales propiciada por las circunstancias históricas y políticas y por el desarrollo de los principios humanitarios.

La misma sentencia va más allá de la mera denominación, fijando los requisitos para que un derecho sea tomado como fundamental:

Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1)

Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.

Se entiende por *conexión directa con los principios constitucionales* que ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. Igualmente aclara la sentencia referida, que para hablar de *eficacia directa* no puede entenderse como fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales.

En cuanto al concepto de *contenido esencial*, señala la Corte Constitucional que:

Es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.

La anterior conceptualización permite inferir que los derechos fundamentales pueden ser interpretados desde los Derechos Humanos o desde el Derecho positivo. En todo caso, se entiende que los derechos fundamentales y los Derechos Humanos son una de las mayores conquistas de la humanidad. Su reconocimiento a nivel mundial representa una de los principales avances en la construcción de sociedades más justas y civilizadas, generando las bases necesarias para la edificación de Estados basados en el respeto de la dignidad humana.

1.1.2 Criterios de definición de los derechos fundamentales.

En un esfuerzo sintetizador, Ferrajoli (2006, p.p. 113-136) encuentra que los derechos fundamentales pueden ser definidos desde tres planos: el teórico-jurídico, el derecho positivo y la filosofía política. En el primer espectro, el teórico-jurídico, los derechos fundamentales son

interpretados como aquellas garantías que universalmente son reconocidas a todas las personas por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana. En este sentido, los derechos fundamentales desde esta perspectiva responden a la pregunta *qué son* a partir de dos características esenciales que los estructuran: su indisponibilidad y su inalienabilidad.

En el segundo plano, el derecho positivo, los derechos fundamentales corresponden a aquellos que se han definido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los Pactos Internacionales de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en aquellos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

Como se observa, desde este marco de análisis se da respuesta a la pregunta *cuáles son* los derechos fundamentales, pues dichos instrumentos internacionales enumeran las garantías y derechos que deben ser reconocidos a cada una de las personas: la vida, la libertad en todas sus modalidades (religión o credo, desarrollo, opinión, expresión, asociación) la igualdad, el trabajo, el debido proceso, la propiedad, la movilidad, a no ser objeto de esclavitud, actos crueles o tortura, la familia, la salud, la vivienda, el bienestar, la educación, etcétera.

Y finalmente, desde el tercer plano, el de la filosofía política, se busca dar respuesta a *cuáles derechos deben ser considerados como fundamentales*. El autor en mención describe que este marco de análisis busca, desde los criterios meta-éticos y meta-políticos, identificar aquellos derechos que deben gozar de especial protección por su alcance universal y naturaleza fundamental. El primer criterio está definido por el nexo que subyace entre *Derechos Humanos* y *paz* conforme al preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En este sentido, los derechos que deben ser reconocidos como fundamentales son aquellos que resultan requisito *sine qua non* para alcanzar y mantener la paz:

(...) el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia (Ferrajoli, 2006, p. 118).

El segundo criterio para identificar los derechos fundamentales corresponde a aquel nexo que surge entre *derechos e igualdad*, relacionado particularmente con los derechos de las minorías. Desde este punto de vista se deben reconocer como derechos de carácter fundamental aquellos que brindan una igualdad a todas las personas en cuanto al disfrute de garantías sin distinción de diferencias y que permiten reducir en todo caso las desigualdades económicas y sociales.

Bajo esta interpretación, los derechos fundamentales deben ser aquellos que garantizan la igualdad de todas las personas sin limitaciones, y a pesar de las diferencias que caracterizan a cada individuo buscan eliminar las desigualdades que afectan de forma negativa las condiciones de vida de los hombres y mujeres.

El tercer y último criterio que permitiría definir aquellos derechos como fundamentales, está dado por el papel de los derechos que buscan fortalecer al más débil frente a personas, grupos o instituciones que gozan de mayor poder político o económico:

En primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; y los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente (Ferrajoli, 2006, p. 118).

1.1.3 La horizontalidad de los derechos fundamentales: la teoría “*drittwirkung der grundrechte*”.

Los derechos fundamentales se han establecido como un código de conducta que regulan las relaciones privadas y públicas, pues estas involucran garantías y libertades mínimas que a la persona se le deben reconocer y permitir su pleno desarrollo. Sin embargo, la existencia de múltiples códigos y normas que reglamentan los derechos fundamentales, no es garantía del efectivo goce de los mismos.

Sen (2010), en contraposición a Rawls (2003), describe que la existencia de normas e instituciones son importantes para una sociedad más justa, pero que más importante aún son las capacidades y oportunidades reales de las personas para acceder a esos bienes primarios, razón por la que debe evaluarse la justicia, no desde las instituciones del Estado, sino desde la vida práctica de las personas. Para Cianciardo los derechos fundamentales son límites del poder y ello obliga a que se deba buscar “posiciones epistemológicas menos rígidas que las modernas, más adaptables a la consistencia agible de lo jurídico” (2000, p. 44).

Frente a estos retos, la responsabilidad del Estado es absoluta, pero desde la perspectiva planteada, la responsabilidad también involucra a los particulares en donde la protección de los derechos fundamentales establece los límites de la autonomía de la voluntad:

(...) sobre reconocer una eficacia *mediata* de los derechos fundamentales en el plano horizontal, les atribuye asimismo una vigencia *condicionada*, que alcanza hasta tanto donde su afirmación no perjudique a la autonomía negocial de las partes a considerar verdadero principio esencial del mundo de las relaciones privadas (Solozábal, 2001).

Es así que el tema que es objeto de revisión es la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales de las relaciones verticales entre Estado y ciudadano a las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí; dicho de otro modo, en el trasfondo ya no está la relación entre el

individuo sujeto y el poder público que ejerce la sujeción, sino la relación entre dos derechohabientes, entre dos titulares de derechos fundamentales (Alexei, 2001, p. 88).

Existe una responsabilidad directa en la protección y respeto por los derechos fundamentales, respecto a las relaciones entre los particulares y no solamente desde la garantía con el Estado. Este último planteamiento es uno de los sustentos básicos de la teoría de la horizontalidad o *Drittwirkung der Grundrechte*, cuyo origen yace en Alemania (Ganten, 2000), la cual rompe con la tradición en el Derecho que concibe los derechos fundamentales, desde la órbita del Derecho Público, como un asunto de relaciones entre Estado y particulares. Esta teoría asume que los derechos fundamentales tienen aplicación y fuerza de vinculación entre particulares:

La doctrina de la *drittwirkung der grundrechte*, que se refiere a la posibilidad de extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones que median entre particulares en el tráfico jurídico privado, es uno de los debates teóricos más intensos del actual estado del derecho civil y constitucional. La discusión en torno a la *drittwirkung der grundrechte* se construye, como es posible vislumbrar, sobre la base de una tenue, sino inexistente, línea divisoria entre lo que se denomina *lo privado* y aquello que, por otro lado, se designa como *lo público* del derecho. (Urzúa, 2005)

Una vez que surgen las relaciones entre particulares, aparece a su vez el respeto a los derechos fundamentales, y la exigibilidad, en el momento en que una relación pierde su equilibrio, ya sea por el uso del poder o la subordinación, aparece automáticamente la vulneración o violación de los derechos fundamentales.

La teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales o *Drittwirkung der Grundrechte*, se ha enfocado en la efectividad indirecta (también mediata) y directa de los

derechos fundamentales: la primera, es decir la eficacia indirecta o mediata, hace referencia a la responsabilidad atribuida a los particulares frente a la vulneración de derechos fundamentales y que tiene relación con la eficacia directa en su aplicación, es decir, no es necesario que medie una norma para hacer efectiva la protección de los derechos.

Para ello, solo se requiere que los derechos fundamentales se hayan reconocido en la Constitución y la Ley para que proceda su aplicación en todas las relaciones sociales:

(...) para no alterar ni confundir los estatutos jurídicos de la sociedad y del Estado, tal y como los concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación con el poder público y en relación con las posibles violaciones producidas por los particulares, su eficacia tiene que aparecer mediatizada por la necesaria integración de los mismos en los actos normativos que regulan las relaciones privadas. De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales actuará a través de la ley de convenios colectivos de trabajo; y la defensa del consumidor, a través de las leyes protectoras del consumo. Se consagra así la llamada doctrina de la *Drittwirkung* mediata o indirecta, apoyada en la equiparación arbitrada entre la autonomía de la voluntad privada y la realización social de la libertad. (García, 2003, p. 36)

En cuanto a la efectividad directa de los derechos fundamentales, Nogueira (2005) explica que se trata de la posibilidad o capacidad de obligar a los demás sin necesidad de un precedente legislativo regulador:

La eficacia directa de los derechos constituye la capacidad de obligar a los poderes públicos, autoridades, grupos y personas, sin necesidad de que medie desarrollo legislativo previo que establezca las condiciones de su ejercicio y protección,

constituyendo un deber positivo de garantía y promoción de todos los órganos estatales (...) (p. 22).

En síntesis, se puede decir que los derechos fundamentales, vistos desde la teoría de la horizontalidad o *Drittwirkung der Grundrechte*, no pueden reducirse a las relaciones Estado-ciudadano, pues al ser interpretados como principios, sus efectos se extienden hacia todos los ámbitos del ordenamiento jurídico:

[Los derechos fundamentales] generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como al reconocimiento de que existen contenidos *iusfundamentales* de protección, de aseguramiento social y de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan —como los clásicos derechos de libertad— a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto (Alexy, 2002, p. 16).

Desde esta perspectiva, el Código Civil pierde su carácter de supremo regulador de las relaciones inter-privados, cediendo su lugar a los mandatos constitucionales, ocupando un lugar privilegiado los derechos fundamentales; es así que los convenios y tratados internacionales establecen obligaciones claras para los Estados de ampliar la responsabilidad a los particulares en cuanto al reconocimiento y respeto de estos derechos (Alexei, 2001, p. 294).

Por lo anterior, se debe entrar a brindar una protección real y eficaz frente a los abusos de los particulares como claras violaciones de los derechos fundamentales de los demás miembros de la sociedad, trascendiendo la postura que solo pueda ser exigible la protección en derechos fundamentales del particular al Estado.

Es decir, que la horizontalidad de los derechos fundamentales conlleva a que los particulares deban responder por la vulneración de los derechos de otros individuos, viéndose limitando el principio de la autonomía de la voluntad a través de normas efectivas; de este modo, no solo son los Estados quienes deben vigilar y controlar las obligaciones de los particulares sino también la comunidad internacional.

Precisamente, con la teoría *Drittwirkung der Grundrechte*, lo que se pretende es dar una responsabilidad directa a los particulares frente a la vulnerabilidad a que se puede someter a un individuo por otro sobre el que ostenta una relación de subordinación y de poder. En este sentido cabe resaltar lo siguiente:

(...) con todo, además, en la esfera interna, justamente por la propia naturaleza del sistema jurídico nacional, los derechos humanos se traducen en una garantía concreta y real de protección del individuo tanto frente al poder del Estado como frente a situaciones de poder de otros individuos y esta última circunstancia constituiría la dimensión horizontal de los derechos humanos. Resulta oportuno recordar aquí lo que desde hace varias décadas la Corte EDH viene señalando en el sentido de que las normas relativas a los derechos humanos *tienen por fin proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos*. En esta misma línea, la Corte IDH ha afirmado la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...) (Aguilar y Contreras, 2007, p. 214).

Lo antes referenciado es importante en razón a que son las diferentes Cortes Internacionales los escenarios más frecuentes en que se solicita la protección y defensa de los Derechos Humanos, corporaciones que han hecho énfasis en que la protección de estos derechos se deben traducir en

una efectiva realización de los derechos fundamentales al interior de cada Estado, siendo su obligación velar por el cumplimiento del respeto que deben los particulares a los derechos fundamentales a través de normas efectivas y del poder de imposición que se tenga frente a ellas por parte de las instituciones gubernamentales.

Este asunto es de necesaria regulación, aún más cuando el Estado ha cedido el terreno en la prestación de servicios públicos al sector y la inversión privada, surgiendo con ello diversas relaciones y estructuras de poder entre los particulares., siendo muy probable que en estos escenarios se afecte los derechos fundamentales de los individuos y las colectividades.

Frente a esta premisa la comunidad internacional ha sido consciente de la responsabilidad de los particulares y para tal fin se expidió la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* de la ONU a través de la Resolución 53/144 del 9 de diciembre de 1998.

En esta Declaración las Naciones Unidas y cada una de las partes reconocen la primacía de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y para una efectiva protección de los mismos tanto Estado como individuos tienen la responsabilidad de promover su respeto y conocimiento:

(...) todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universalmente indivisibles e interdependientes y que están relacionados entre sí, debiéndose promover y aplicar de una manera justa y equitativa, sin perjuicio de la aplicación de cada uno de esos derechos y libertades (...), la responsabilidad primordial y el deber de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales incumben al Estado (...) [es un] derecho y un deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover

el respeto y el conocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el plano nacional e internacional (Naciones Unidas, 1998, 9 de diciembre).

En Colombia, la ley ha dispuesto ciertos eventos en que es procedente la acción de tutela en contra de particulares, particularmente en el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 42 que pretendía desarrollar el inciso 5° de la Constitución; sin embargo, los numerales 1°, 2° y 9° de esta norma (el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991) fueron demandados en acción de inconstitucionalidad aduciendo que los particulares podrían menoscabar diferentes derechos fundamentales a los descritos en dicho canon, de tal forma que al enumerar o enlistar los derechos fundamentales que al ser vulnerados por estos sujetos de Derecho permitía la procedencia de la acción de tutela contra ellos, excluía los demás derechos fundamentales que no se encontraban enlistados en la norma demandada.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el asunto y declaró la inexecutable de los numerales 1°, 2° y 9° del artículo 42 del Decreto 2691 de 1991, interpretando que no es dable realizar una enumeración de los derechos fundamentales en los que procedería la acción de tutela contra particulares, pues esta acción procede siempre que se afecte un derecho fundamental, en los eventos en que un particular preste un servicio público, ejerza alguna conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo, y/o que el accionante se encuentre en estado de indefensión o subordinación (sentencia C-134 de 1994).

La acción de tutela en Colombia ha sido desde su creación el mecanismo más importante para la protección efectiva de los derechos fundamentales, y en el caso de su vulneración por parte de los particulares, es decir, desde el ámbito privado, ha permitido que se puede ajustar el Derecho a las prácticas sociales, a la realidad de las comunidades y a la vida cotidiana de los

individuos ya que ha habido un amplio margen de la producción jurisprudencial en el país en esta materia. Sobre este tema explica Restrepo (2002):

Aunque la acción de tutela contra particulares sólo procede en los casos taxativamente señalados por la Constitución, la Corte Constitucional ha interpretado esas eventualidades de procedencia de manera lo suficientemente amplia como para permitir una extensión radical de los derechos fundamentales a la órbita privada. En especial, la acción de tutela procede contra individuos u organizaciones privados cuando el juez puede detectar una situación de subordinación o indefensión entre demandante y demandado. Por esta vía, la jurisprudencia de la Corte ha podido infiltrarse a infinidad de sectores de la vida cotidiana (la familia, los clubes privados, las instituciones educativas privadas, etc.) que, cubiertos por el manto de lo privado, no se consideraban sujetos al imperio de los derechos fundamentales (p. 8).

Se puede concluir entonces, que en Colombia la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales se ha consolidado jurisprudencialmente a través de los diversos casos estudiados por la Corte Constitucional en las acciones de tutela que conoce en virtud del recurso de revisión. Para Olarte y González, es desde el año 1992 que

El panorama de la protección de los derechos humanos en Colombia se ha transformado radicalmente gracias a la incorporación [al] ordenamiento jurídico de la acción de tutela y de la actividad comprometida de la Corte Constitucional con la consolidación de una cultura de derechos humanos (2008, p. 255).

1.1.4 El bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad tiene su origen en el Derecho francés en los términos de *bloc de legalité* o *bloc constitutionnalité* (Olano, 2005, p. 232) adoptada por el ordenamiento jurídico colombiano gracias a la Corte Constitucional que empezó a referenciarlo desde el año 1995 con la sentencia C-225 (Carpio, 2005), aunque ya había sido aplicado desde años anteriores, sin hacer su mención directa, “utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo” (Arango, 2004, p. 79). El propósito de su implementación fue el “(...) de armonizar el contenido del principio de supremacía constitucional (artículo 4º de la Constitución) con aquél de primacía del derecho internacional (art. 93 de la Constitución)” (Ramelli, 2004, p. 158).

Lo que se ha descrito permite inferir que el bloque de constitucionalidad es un instrumento o un medio por el cual se hace posible la inclusión del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno y que el primero tiene una especial prevalencia por tratarse de Derechos Humanos. En este mismo sentido lo expresa Olano (2005), para quien el bloque de constitucionalidad constituye una actividad en la que:

(...) existe un conjunto de normas que, sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad es aquel conjunto de normas y principios que, sin que parezcan formalmente en el texto constitucional, son incorporadas a ella por diversas vías (v.g. por una decisión jurisprudencial, o por mandato de la propia Constitución).

Por su parte, Uprimmy (2002) por su parte señala que la Constitución puede ser más que su texto constitucional, y que en algunos casos puede superar al mismo texto:

(...) la noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita. (p. 493)

Los anteriores aportes permiten colegir que no todos los Derechos Humanos se encuentran incorporados en la Constitución Política en forma de derechos fundamentales, pero con el bloque de constitucionalidad se reconocen todos aquellos consignados en instrumentos internacionales; por lo tanto, la Constitución puede ser más amplia y tener mayor alcance en cuanto a los derechos fundamentales específicamente señalados en el mismo texto constitucional.

En cuanto a la dinámica de la construcción del bloque de constitucionalidad, Estrada (2006) menciona que esta tiene relación con el Estado en que se aplica. Así, toma como ejemplo a España, Francia, Italia y Colombia en un ejercicio de derecho comparado en el cual afirma:

En Francia, la idea de bloque se enuncia como el conjunto de normas que sirven para la elaboración de juicios de constitucionalidad de una norma de menor jerarquía a la de norma de normas. En España, se entiende como la herramienta necesaria para la resolución de conflictos de competencia normativa entre las Comunidades Autónomas y el Estado. En Italia, la idea de bloque representa el conjunto de normas que sin estar en el texto de la Constitución, sirven de criterio para la evaluación de la constitucionalidad de otras normas. En Colombia, la Corte Constitucional ha delineado un concepto de Bloque

de Constitucionalidad de características comunes a la noción adoptada en Francia y en Italia, pues es clara al señalar que el bloque es el conjunto de normas empleadas para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma jurídica. (p. 126)

De acuerdo a los aportes de Estrada, el bloque de constitucionalidad en el ámbito internacional, ha permitido hacer un encuadre de las normas de menor jerarquía con aquellas de mayor nivel, también como la resolución de conflictos entre la competencia de cortes internacionales o supra-estatales con el Estado, y como mecanismo para la evaluación de normas internas frente a normas internacionales.

En el caso colombiano, la figura ha permitido la incorporación de normas internacionales en el marco jurídico interno, al punto que el control de constitucionalidad de las normas internas se realiza a la luz de las normas supranacionales que el Estado Colombiano en materia de derechos humanos (2006).

1.1.5 La Constitución Política como primer mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Resulta necesario referir a la Constitución Política de 1991 como fuente de Derecho dentro del sistema jurídico colombiano al adoptar el Estado Social de Derecho como sistema político y de gobierno, lo que hizo necesario producir un cambio sustancial en el sistema de fuentes que tuvo como causa, en palabras de Monroy, M. (2002, p.15), el papel de la Constitución como norma de normas que le otorgan primacía a los derechos inalienables de las personas, reduciendo la posición privilegiada de la ley, e incorporando mecanismos de protección directa de los derechos constitucionales como de las acciones de tutela, populares, de grupo, de cumplimiento y, con la creación de la Corte Constitucional. Para concluir, este autor cita a Álvarez Conde, el cual dice:

La doble condición de la Constitución como norma jurídica y como norma suprema la configura no sólo como fuente del Derecho, sino como norma reguladora del propio sistema de fuentes. Es decir, si bien puede afirmarse que la idea de supremacía constitucional va unida a la de Constitución escrita, lo cierto es que la configuración de la misma como norma que regula la creación de normas por parte de los órganos del Estado implica necesariamente que el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas (ibídem, p.18).

Jiménez, A. (2005) expone una guía para comprender cabalmente el concepto actual de Constitución y, a la postre del Derecho constitucional, logrando ese objetivo al estudiar la evolución en si del constitucionalismo. A tal efecto, parte de analizar, a través del principio de separación de poderes, las tres versiones de la idea de Constitución que se gestan en la etapa liberal [Inglaterra, Estados Unidos y Francia], para después centrar la atención en los dos paradigmas de Constitución que se desarrollan durante el siglo XIX [la Constitución normativa y la Constitución como documento exclusivamente de organización política].

De acuerdo a Ferrajoli (2006) las cartas políticas surgidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y que son objeto del campo del constitucionalismo, configuran sistemas sustanciales en la medida que definen prohibiciones y obligaciones que son limitadas por los principios y derechos fundamentales de nivel constitucional.

De este modo, la protección de los derechos fundamentales encuentra un primer mecanismo en la rigidez de las Constituciones Políticas, característica que implica el bajo nivel de probabilidad para que las mismas sean modificadas o reemplazadas, así como en el efectivo control de constitucionalidad que se realicen sobre las leyes:

La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la *rigidez* de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda postguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. (p. 114).

Para este autor (Ferrajoli, 2008), los derechos fundamentales son también garantías para la democracia, pues dependiendo del tipo de derechos fundamentales se puede asegurar diversas clases de democracia. En efecto, con los derechos políticos se asegura la democracia política, con los derechos civiles se defiende la democracia civil, con los derechos de la libertad se protege la democracia liberal y con los derechos sociales se permite la defensa de la democracia social: “el garantismo, explicado en sus cuatro dimensiones (política, civil, liberal y social, dependiendo de la clase de los derechos garantizados) es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia” (p. 92).

Considera además, que no basta con garantías constitucionales negativas, es decir, con la prohibición explícita de derogar las normas de carácter constitucional, en especial, aquellas relacionadas con los derechos fundamentales, ya que resulta necesario establecer garantías constitucionales positivas que permitan la efectividad de los derechos fundamentales, es decir, el desarrollo de garantías que permitan ir más allá del papel hacía la esfera práctica:

Estas garantías consisten en la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos.

En la obligación, en otras palabras, de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados. (Ferrajoli, 2008, p. 97).

Sin embargo, frente a la extremada rigidez surgen determinadas críticas que no sólo son abordadas por Ferrajoli (2008) sino por otros como Ferreres (2000). Una de estas sostiene la tesis

de que rigidez en extremo puede conducir a que se produzcan discrepancias entre aquello que se ha formulado a nivel axiológico y la realidad presente en la sociedad.

En otras palabras, con el paso del tiempo la Constitución puede no dar respuesta a los intereses de la sociedad creando una fragmentación en la relación que debe permanecer entre el contenido constitucional y el consenso social: “puede ocurrir que la mayoría actual no considere correcto alguno de los derechos registrados en la Constitución [o] que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos (...)” (Ferrerres, 2000, p. 33).

De esta manera, los derechos fundamentales son construcciones producto de las dinámicas políticas, sociales, culturales y económicas, que dan respuesta a determinados periodos históricos. Así, la rigidez constitucional como defensa de los derechos fundamentales sólo es aceptable en la medida que exista coherencia con el consenso social, es decir, la voluntad de la sociedad.

De lo dicho se puede concluir que la protección de los derechos fundamentales significa en primera medida, que todos los poderes públicos del Estado deben actuar con respeto y en los límites que la Constitución establece. Por un lado, el legislativo debe proponer y expedir leyes cuyos contenidos y alcances no vulneren la Constitución Política, y por el contrario, amplíen en la práctica el goce de los derechos fundamentales.

Por su parte, el poder judicial debe interpretar y aplicar las leyes teniendo como base el marco constitucional y la jurisprudencia emitida por las altas Cortes, ya que al ser un Estado constitucional se exige que los jueces ocupen un lugar central en la protección de los derechos de la ciudadanía, y con ello la actualización de la Constitución para estar temporal y culturalmente al día con la realidad de la sociedad (López, 2009).

Es decir, que la Corte Constitucional tiene entre muchas funciones, garantizar y materializar los derechos fundamentales por mandato constitucional. Así mismo, la Corte Constitucional Colombiana como tribunal constitucional, tiene la función de hacer control automático de las nuevas leyes a fin de establecer su concordancia con los principios y normas de orden constitucional, además de revisar las demandas de inconstitucionalidad que ejercen los ciudadanos en contra de determinadas leyes por su posible violación a los derechos fundamentales y otros postulados constitucionales.

El doctor Diego López Medina (2009) en el sexto capítulo de su obra titulada *La Teoría Impura del Derecho*, describe brevemente el cambio que trae la nueva institución que nace con la Constitución de 1991:

La Corte Constitucional como un juez teóricamente atípico, caracterizado, en lo metodológico, por una constante crítica al clasicismo y, en lo sustancial, por una relativa disposición política a materializar el proyecto de Estado Social de Derecho y de defensa de los derechos fundamentales (p. 449).

1.1.6 La protección de los derechos fundamentales en el contexto colombiano.

Antes de la Constitución de 1991, el derecho constitucional era simplemente sustantivo, político y orgánico, que en situaciones muy particulares era comentado por los administrativistas, pero con la vigencia de la actual Carta Política esta área del Derecho se convierte en no solo un catálogo de derechos sustantivos sino contenciosos porque con ella se prevé unos instrumentos que pretenden con su uso materializar los derechos que ella misma enuncia (Quinche, 2015).

La anterior constitución (la de 1886) solo tenía dos instrumentos o acciones: el habeas corpus y la de inconstitucionalidad, pero la Constitución de 1991 contiene numerosas acciones

que permiten la defensa y protección de los derechos fundamentales desde el ámbito horizontal y vertical, entendidas estas como “aquellas otorgadas para la protección de las personas en sus derechos que pueden llegar hacer vulnerados” (Esparza, 2013).

En ese sentido, el artículo 86 de la Constitución Política consagró el recurso o acción de tutela como acción de amparo para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos se encuentren amenazados o vulnerados bien sea por una autoridad pública o bien por particulares, en el evento en que estos presten un servicio público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el afectado se encuentre en estado de indefensión o subordinación.

Para Carrera la acción de tutela constituye “uno de los dispositivos jurídicos más revolucionarios dentro la trayectoria del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*” (2011, p. 72), De la misma forma lo considera Arango que la acción de tutela, junto con las acciones populares y de grupo, son opciones amplias para la protección de los derechos fundamentales en Colombia (2003, p. 301).

Es por ello que la acción de tutela se entiende como el mecanismo más importante del sistema colombiano con el cual se ha dado la constitucionalización del Derecho ya que ha permitido que la ciudadanía solicite ante el juez de cualquier jurisdicción, la protección de sus derechos fundamentales cuando son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las entidades públicas y en determinadas circunstancias contra los particulares.

El procedimiento de la acción de tutela es breve y sumario por cuanto tiene prioridad dentro de las actividades de las instancias judiciales, pudiendo el ciudadano presentarla por sí mismo o por interpuesta persona, con el objetivo de acudir sin mayores requerimientos y con la certeza de obtener una oportuna resolución y protección directa e inmediata por el Estado,

logrando así la materialización del artículo segundo de la Constitución que señala los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales se encuentra el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la carta (sentencia T- 001 de 1992), por esto es el único mecanismo judicial que protege íntegramente los derechos fundamentales:

La facilidad con que es posible acceder a la justicia constitucional en Colombia a través de la acción de tutela (y otras), ha permitido que la Corte Constitucional no sólo se ocupe de los grandes problemas que históricamente han afectado a Colombia sino también y, sobretodo, de los pequeños problemas que afectan la cotidianidad del ciudadano común (Restrepo, 2002, p. 8).

Respecto de las providencias judiciales, en un principio, el artículo 86 de la Constitución no contemplaba la posibilidad de interponer esta acción en su contra, pero tampoco lo prohibía; sin embargo, la polémica se presentó cuando se expidió el Decreto 2591 de 1991, que en su artículo 11 el cual disponía: “Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente”.

Dicha norma fue declarada inexecutable mediante sentencia C 543 de 1992 en la cual se aclara que:

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones *de hecho* creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del

interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales (resaltado fuera del texto original).

No obstante, el alto tribunal constitucional admite que las autoridades judiciales, como cualquier otra autoridad pública, pueden vulnerar derechos fundamentales, no a través de sus sentencias sino con sus actuaciones, por lo que es admisible que se presente estas autoridades; en palabras de la Corte:

De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o

amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional evolucionó su posición introduciendo la doctrina de la vía de hecho como condición de procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales, tesis que ha servido de base a una sólida jurisprudencia en la materia que prescribe la posibilidad de impugnar, por vía de la acción constitucional, las decisiones jurisdiccionales que resultan manifiestamente contrarias a derecho (sentencia T 093 de 1993).

Por último, mediante la sentencia C 590 de 2005, se desecha la tutela por vías de hecho y adopta una metodología de causales genéricas y específicas de procedibilidad, debiéndose probar todas las causales y al menos una de las específicas

4.1. En primer lugar, ha dicho la Corte que la tutela procede únicamente cuando se verifica la totalidad de los requisitos generales de procedibilidad que se mencionan a continuación:

- (i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional;
- (...) (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (...)
- (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;
- (...) (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un

efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...) (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; (...) y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela (...).”

Solo cuando la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado este examen de forma completa, puede el juez constitucional entrar a analizar si en la decisión judicial se configura al menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad.

4.2. Los requisitos especiales de procedibilidad, no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y que constituyen el aspecto nuclear de los cargos elevados contra la sentencia. La citada providencia C-590 de 2005 sintetizó de la siguiente forma las causales especiales de procedencia. Estas son:

“(a.) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. (b.) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c.) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d.) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e.) Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f.) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de

los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. (g.) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. (h.) Violación directa de la Constitución.” (sentencia SU – 198 de 2013).

En resumen, actualmente es viable interponer la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando se cumplan los requisitos expuestos por la Honorable Corte Constitucional, con el objetivo de evitar vulneraciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos por a través de las actuaciones de una autoridad pública como lo son los jueces.

El derecho fundamental que con mayor frecuencia se exige su protección en estos casos, es el derecho fundamental del debido proceso ya que las autoridades judiciales en muchas ocasiones dan prevalencia al derecho procesal sobre el derecho sustancial (Aguirre, Pabón & García, 2009), desconociendo así el derecho que tiene toda persona de obtener una sentencia que proteja de manera efectiva sus derechos (Carta de Derechos Humanos, art. 8).

1.2 La Tutela Judicial Efectiva

En este acápite se procederá a realizar una explicación sucinta de la tutela judicial efectiva entendida como: a) un principio procesal, b) un derecho fundamental y, c) como garantía del Estado frente a sus ciudadanos consagrada en la Constitución Política de 1991 en su artículo 229 (C-878 de 2005). Es importante resaltar que este concepto ha sido entendido por la Corte

Constitucional como sinónimo del acceso a la administración de justicia, ejemplo de ello es lo manifiesto en la sentencia C 426 de 2002:

El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal.

Sin embargo, para efectos de este trabajo este derecho fundamental se manejará únicamente bajo la acepción de tutela judicial efectiva por dos razones, la primera porque así ha sido denominado en las nuevas normas procesales (Código General del Proceso, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y en la Ley Estatutaria del Derecho de Petición); y la segunda es que uno de los elementos que la conforman es el acceso a la administración de Justicia, junto con el debido proceso y la efectividad de la sentencia (sentencias: C – 479 de 1998, C – 426 de 2002, C – 878 de 2005, C – 893 de 2001 y T - 554 de 1992), elementos que se desarrollarán en los párrafos siguientes.

Por su parte, la sentencia C-893 de 2001 menciona algunas características de la tutela judicial efectiva que permiten entenderla como principio procesal, entre ellas: a) la competencia permanente y ordinaria, b) función pública estatal de naturaleza esencial, c) se puede acudir libremente a ella, d) la obligación de dar una sentencia motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes, y (e) se predica antes y durante el proceso.

Para entenderla como derecho, la Corte Constitucional manifestó en la sentencia C-037 de 1996, al estudiar la constitucionalidad de la vigente Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, lo siguiente: “Es el derecho de toda persona de acudir a la administración de justicia para obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable (...)”, que encuentra su sustento en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Carta Política; no obstante esto, este derecho se sustenta no solo en el texto constitucional, sino también en los instrumentos que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad, como los son el inc. 1 de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y inc. 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sentencias C-279 de 2013, C-180 de 2014 y T-339 de 2015, entre otras).

La tutela judicial efectiva ha sido considerada “expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado” (sentencia C - 454 de 2006) y “pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho” (sentencia C - 426 de 2002, ver también las sentencias C-059 de 1993, C-416 de 1994, C-037 de 1996, C-1341 de 2000, C-1177 de 2005 y C-279 de 2013 que hacen referencia al tema).

Su vínculo con el preámbulo constitucional es de primer orden al estar “directamente relacionada con la justicia como valor fundamental de la Constitución” (T - 339 de 2015) que

apunta al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (artículos 1 y 2 de la Constitución Política), entre ellos garantizar la efectividad de los derechos, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad, la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas (sentencias C - 426 de 2002, C - 1177 de 2005 y C-279 de 2013).

Lo descrito implica que el acceso a la justicia constituye una garantía para el ciudadano a fin de que sus derechos y garantías constitucionales y legales se le reconozcan. Ello también significa que el acceso a la justicia debe revisarse desde tres perspectivas: 1) la posibilidad de llegar al sistema judicial, es decir, sin existencia de obstáculos efectivos; 2) lograr el pronunciamiento del aparato judicial a fin de solucionar el conflicto y/o tutelar el derecho una vez cumplido los requisitos de acceso; y 3) alcanzar el cumplimiento y ejecución de la resolución. Siendo así, la tutela judicial efectiva se configura con el desarrollo del proceso en pleno y ello es garantía de seguridad para los asociados.

1.2.1 El derecho de acceso a la administración de justicia.

El concepto de justicia no es un tema nuevo ni sencillo. Por el contrario, ha sido una de las nociones epistemológicas de más discusión a lo largo de las épocas y cuya perspectiva ha variado dependiendo de las condiciones socio-históricas de cada sociedad y del campo desde el cual se examine. Describe Young (2000, p. 11) que la justicia es el tema central de la filosofía política, y dentro de ese contexto resulta relevante y decisivo las características de las sociedades marcadas por la cultura. En efecto, se trata de un asunto de relevancia política en la medida que la justicia es un factor esencial para la permanencia y organización de la humanidad en el tiempo.

Las sociedades modernas han reconocido la importancia y relevancia de la justicia a fin de mantener en el caos de la diferencia, una convivencia viable que asegure el respeto de los derechos y el cumplimiento de los deberes derivados de las normas jurídicas vigentes, de allí que en la modernidad se replanteara el poder absoluto de la monarquía y se formulara la teoría de la división de los poderes. Argumenta Carey (2009, p. 126) que desde el pensamiento de Montesquieu y Locke se configuró la necesidad de dividir el poder absoluto del rey a fin de evitar la tiranía del mismo:

(...) vincular los poderes legislativos y ejecutivo podría conducir a que se aprobasen con impunidad leyes parciales o injustas, de las que quedasen excluidos los propios miembros de esas ramas del gobierno, sus familiares o amigos. Otras combinaciones conducirían a resultados idénticos: si se uniesen el legislativo y el judicial «la vida y la libertad del sujeto quedarían expuestas a un control arbitrario, ya que *el juez sería el legislador*», en tanto que una unión de los poderes ejecutivo y judicial permitiría «*al juez comportarse con la violencia de un opresor*». Esta lectura del significado de la tiranía se hallaba íntimamente ligada a la idea de que la separación de poderes resultaba esencial para la estabilidad y viabilidad de un gobierno republicano (2009, p. 126).

En resumen, la división de poderes permite a los hombres y mujeres asegurar su propia libertad y autonomía, impidiendo la extralimitación del poder como resultado de la organización social. Menciona García que “la división de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado liberal de Derecho que, con transformaciones sucesivas, ha llegado hasta nuestros días, y que todavía hoy, superando problemas contingentes, permite asegurar a los ciudadanos su libertad política” (2000, p. 41).

Sin extender más la descripción y discusión en torno a la división de poderes, resulta como propósito de este aparte enfocar la reflexión en la rama del poder judicial, es decir, la administración de justicia entendida como una función pública que debe brindarse de forma eficiente y oportuna por el Estado (Ramos y Garrido, 1996, p. 2). Igualmente señala Hernández que la administración de justicia es “la parte de la función pública que cumple el Estado, encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivo los derechos, obligaciones, garantías y libertades para lograr la convivencia social” (2001, p. 123), cuya división y actividad debe estar en coherencia con los principios de:

(...) fácil acceso, proporcionalidad de carga de trabajo, proximidad y expedita comunicación entre distintos despachos, cercanía del juez con los lugares donde hubieren ocurrido los hechos, oportunidad y celeridad de control ejercido por la segunda instancia y la suficiencia de recursos para atender las demandas de justicia (...) (Hernández, 2001, p. 123).

Para lo anterior, el gasto público en justicia debe corresponder con las necesidades y urgencias de la sociedad. Ramos y Garrido (1996, p. 16) en su estudio a mediados de la década de los noventa destacan que Colombia es uno de los países latinoamericanos con mayor inversión en la administración de la justicia, lo cual fue impulsado por el cambio de constitución. En efecto, el gasto público para la justicia en el periodo de los años setenta hasta 1991, correspondía al 0,5% del PIB, mientras que en el lapso de tiempo comprendido de 1991 a 1994 fue en promedio del 1,0% del PIB, lo cual representó para la época una recuperación de la función judicial, aunque no constituyese plena prueba de la superación de los múltiples obstáculos como la congestión de los despachos o la impunidad.

En el estudio de González y Posada (2001, p. 79) se evidencia a 1998 un incremento del gasto público en la justicia cercano al 1,5% del PIB. De este total señalan los autores que el 76% fue invertido en la Fiscalía General de la Nación, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y el Consejo Superior de la Judicatura. El 26% restante correspondió al Ministerio de Justicia, la Superintendencia de Notariado y Registro, al Fondo de Seguridad de la Rama Judicial y el Instituto Nacional Penitenciario; sin embargo, frente al incremento aún los indicadores de gestión y eficiencia siguen siendo bajos debido a factores de congestión, lentitud e impunidad (González y Posada, 2001, p. 85, 90; Guerrero, 2012, p. 9).

En las últimas décadas se ha gestado una tendencia hacia el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación, el arbitraje y la mediación, que según Uprimny (2000) se debe a “una serie de obstáculos a la entrada, que impiden que ciertos conflictos accedan al aparato judicial”. Sobre el asunto expresa el autor:

Todos ellos parten de una cierta desconfianza frente a la justicia formal del Estado puesto que no la considera un instrumento eficaz, transparente y adecuado para zanjar las controversias cotidianas de los ciudadanos. Todos ellos buscan entonces ser alternativas más próximas a la comunidad y al ciudadano ordinario para que éste pueda resolver de manera más rápida sus conflictos.

La anterior idea es corroborada por múltiples estudios, en los que se evidencia bajos indicadores en la administración de justicia y que son reflejo de la deficiencia del sistema (González y Posada, 2001, p. 93). Se trata de un problema muy complejo en el que confluyen numerosos factores, cuyo análisis se hace indispensable en la necesidad de repensar y replantear el sistema de administración de justicia en el país.

Por su parte Uprimny analiza los obstáculos a la entrada del sistema judicial, es decir, del acceso a la administración de justicia, enumerando algunas de las principales dificultades: (i) el alto costo de los procesos y que afecta de forma desbordante a las clases más populares; (ii) no hay suficiente cobertura del aparato judicial, razón por la que hay lugares a donde no llega el Estado; (iii) la baja disponibilidad de tiempos que acarrea un proceso judicial y que no puede satisfacer las personas más pobres debido al estado de supervivencia en la que se encuentran; (iv) la concepción negativa sobre el aparato judicial el cual se prolonga en el tiempo para dar una solución a los conflictos; (v) barreras educativas que impide a las clases económicamente bajas acudir a la justicia por el desconocimiento de sus derechos; entre otros (2000).

De este modo, cada uno de estos obstáculos han impulsado a una realidad nada coherente con los principios y valores consignados en la Carta Política de 1991: “según la más reciente encuesta sobre el tema en Colombia, de cada 100 litigios que deberían ser resueltos por los jueces, por diversos obstáculos, sólo 48 son tramitados” (Uprimny, 2000).

En virtud de brindar claridad y precisión en este punto, debe resaltarse algunos aspectos fundamentales del acceso a la administración de justicia y que permiten ilustrar el problema. Gregorio explica que la “eficacia de la justicia está vinculada a la accesibilidad, a la información y a la transparencia” (2003, p. 113), en donde es vital que las personas conozcan sobre las actividades y los asuntos tramitados. Para lo anterior, la administración debe diseñar y formular políticas estratégicas a fin de garantizar el conocimiento por parte del ciudadano y la viabilidad que tiene su controversia para ser tratada a través de la administración de justicia.

Sin embargo, el ideal se encuentra lejos de la realidad ya que el acceso a la administración de justicia y el avance en la superación de las diversas dificultades que son

propias al sistema judicial, conllevan a un fenómeno complejo en donde los fines y logros planteados aún no se alcanzan:

La justicia en Colombia se encuentra en deuda con las aspiraciones y las necesidades de la sociedad. Durante gran parte de la historia del país, la justicia y el derecho han estado alejados del respeto a la vida humana y de la realización de las demandas colectivas, siendo este hecho una de las razones del actual conflicto social. Las normas constitucionales y legales se han caracterizado por fortalecer relaciones de exclusión, explotación y discriminación, aunque su transformación se ha realizado so pretexto de construir nación, orden, progreso y paz (Carvajal, 2002, p. 172).

A pesar de las múltiples reformas e intentos por agilizar la administración de justicia, como es el caso de la implementación de los procesos orales y la modificación a las normas de carácter adjetivo de diversa índole, los problemas de congestión, impunidad y lentitud se mantienen, y la desconfianza de los administrados aumenta frente al sistema judicial del país. En el Informe del Consejo Superior de la Judicatura presentado al Congreso de la República sobre el Estado Actual de la Administración de Justicia en el 2011, se menciona que:

Uno de los principales problemas que enfrentan los usuarios del servicio de justicia en Colombia, tiene relación con la “congestión” en los despachos judiciales que atienden y resuelven sus conflictos. Este fenómeno, entendido como el represamiento continuo de procesos judiciales en el aparato de justicia, que se ha manifestado en la inconformidad y desconfianza del ciudadano en la administración de justicia, se origina por diferentes causas endógenas y exógenas a los sistemas judiciales. (Consejo Superior de la Judicatura, 2011, p. 11).

El mismo Informe describe que existen factores endógenos y exógenos asociados con la congestión del sistema judicial, pero varios de esos también hacen parte de las bajas posibilidades que tienen los ciudadanos de acceder a la administración de justicia. Explica el Informe en torno a las causas: a) el incremento desbordado de la demanda a los servicios de justicia y acciones constitucionales; b) la existencia de barreras a la entrada de tipo económico, geográfico y educativo; c) el déficit del presupuesto en la administración de justicia; d) los mecanismos procesales inadecuados; e) el proceso de modernización y reestructuración; f) la situación de orden público; g) las prácticas dilatorias por parte de los actores; h) el bajo uso de la conciliación y; (i) el uso inadecuado del sistema judicial por parte de los ciudadanos.

El Plan Sectorial de Desarrollo Rama Judicial 2015-2018 (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa - Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, Bogotá 2014, p. 44) en su capítulo segundo se ocupa de la evaluación del plan de desarrollo de la rama judicial 2011 – 2014, en el cual a Rama Judicial se propuso entre sus metas programáticas, “disminuir el inventario de procesos en cada especialidad y jurisdicción”.

Es así como en el 2010, la Rama Judicial contaba con un inventario final 2.655.892 procesos, el cual mediante la aplicación de las diferentes estrategias al alcance de la Sala Administrativa y la gestión de los propios despachos, se presentó una reducción sostenida hasta ubicarse en 1.931.958 procesos en 2013.

Entre las actuaciones adelantadas por las entidades referidas, pueden mencionarse las siguientes: a) la creación de despachos permanentes y transitorios acorde con las disponibilidades presupuestales aprobadas por el Ministerio de Hacienda; b) el traslado de procesos de despachos más congestionados a despachos con bajos niveles de inventarios; c) la exclusión del inventario de procesos en los que no se haya producido actuación alguna en los

últimos dos años anteriores a la promulgación del Código General del Proceso; d) el desistimiento tácito aplicado para procesos sin sentencia con inactividad durante el término de un año; e) la adopción de metas de rendimiento esperado para efectos de evaluación y calificación de servicios y; (f) la fijación de metas de producción para los despachos de descongestión. Adicionalmente, de acuerdo con las estadísticas disponibles al 31 de diciembre de 2013, del total de los inventarios de procesos represados, el 87% corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, el 11% están representados en la Jurisdicción Contenciosa y el 2% en la jurisdicción disciplinaria, guardando relación directa con el volumen de ingresos.

En el contexto general de la administración de justicia en Colombia, se presenta un exceso de demanda para ser atendida con una escasa oferta produciendo una evidente lentitud en la prestación del servicio, que en el mayor de los casos impulsa al actor a abandonar la pretensión por falta de tiempo y de recursos.

La Corte Constitucional en sentencia C-690 de 1996, reafirma la importancia y relevancia de la justicia como valor determinante en el contexto del Estado Social de Derecho. Adiciona que se trata de un marco de conducta para todos los poderes públicos, los cuales no pueden ser indiferentes en la aplicación del mismo. Asimismo, esta Corte ha recalcado que el acceso a la justicia constituye un derecho, aunque ello no implica que todos los conflictos deban ser tratados por la administración de justicia, razón por la que el legislativo debe definir el uso coherente de los mecanismos alternativos como es el caso de la conciliación y el arbitraje (sentencia C-163 de 1999).

1.2.2 El debido proceso.

El debido proceso es un constructo que aún no cuenta con una definición o concepto homogéneo o compartido en la doctrina a pesar de que su uso sea reiterado en el análisis académico y jurídico (Alvarado, 2006, p. 547). Su uso desde el contexto de los Estados modernos puede verificarse en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, cuyas enmiendas cuarta (1791), quinta (1791) y decimocuarta (1868) abordan el tema del debido proceso con el término *due process of law* (Machicado, 2010, p. 2). La enmienda cuarta en sus artículos 6º, 7º y 8º versaban de la siguiente forma:

Artículo sexto: El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros e incautaciones irrazonables, no será violada, y ningunas autorizaciones publicarán (...).

Artículo séptimo: Nadie podrá ser obligado a responder de un delito capital o infamante si no es en una denuncia o acusación por un gran jurado, excepto en los casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público, y ninguna persona estará sujeta por el mismo delito que se puso dos veces en peligro de perder la vida o la integridad física, ni será obligada en ninguna causa criminal a ser testigo contra sí mismo, ni ser privado de la vida, la libertad o propiedad sin el debido proceso de ley, ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Artículo octavo: En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y distrito en que se haya cometido el delito, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley, y ser informado de la naturaleza y causa de la acusación y ser confrontado con los testigos de cargo; tener

proceso obligatorio para obtener testigos a su favor, y tener la asistencia de un abogado para su defensa.

Como se observa, la enmienda cuarta propuesta en 1789 y aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1791, determina un conjunto de principios asociados con lo que se reconoce e identifica el derecho y principio del debido proceso. El artículo 6º de la enmienda en cuestión estipula el derecho de la privacidad de los ciudadanos sobre su domicilio, papeles y demás objeto de registro, sin que medie autorización judicial para ello. El artículo 7º se refiere al derecho de toda persona de: a) no responder por un delito sin previa denuncia o acusación; b) no responder por un delito más de una vez; c) no testificar en contra de sí mismo, d) que se le aplique un debido proceso para que sea privado de su vida, libertad o propiedad.

En cuanto al artículo 8º de la enmienda, se instaure el derecho de toda persona de tener un juicio rápido y público, con participación de un jurado imparcial, y con causa en un delito prescrito en la ley, teniendo el enjuiciado el derecho a la asistencia de un abogado y presentar pruebas como testigos, es decir, a tener una defensa técnica y material.

Las construcciones jurídicas de tipo constitucional llevadas a cabo por los Estados Unidos a finales del siglo XVIII y durante los tiempos siguientes, influenciaron a que los otros Estados en América incorporaran los principios del debido proceso a sus cuerpos constitucionales y en las leyes internas:

Y esta tesitura normativa continúa hasta el presente: todas las constituciones que rigen desde el río Grande hasta la Tierra del Fuego contienen el derecho aludido, utilizando al efecto casi las mismas palabras. Para poder explicar su contenido, constitucionalistas de todas las épocas comenzaron a hablar del debido proceso, trasladando a nuestra lengua

técnica el concepto contenido en la máxima norma norteamericana, aunque -nótese bien- ningún texto consagra esa misma y exacta fórmula. (Alvarado, 2006, p. 548).

Por otro lado, explica Machicado que muchos autores ubican el origen del debido proceso en la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra en Inglaterra con la cláusula 39 que a continuación se describe, pero aclara que dicha posición por algunos expertos es errónea toda vez que dicha cláusula hace referencia al principio de legalidad:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino (2010, p. 3).

Sin embargo, Iriarte (2005, p. 500) explica que el Rey Eduardo III de Inglaterra en 1354, expide la Carta Magna en inglés cambiando en la cláusula 29 (antes la cláusula 39), la expresión *per legem tērra* por la expresión *due process of law*, que en su traducción al español es el debido proceso legal. Por tanto, existe un antecedente previo del debido proceso a la Constitución de los Estados Unidos de América, y es la Carta Magna del siglo XIII.

Haciendo a un lado los aspectos históricos en torno al debido proceso, los cuales son numerosos en todos los sentidos y de especial trascendencia, es pertinente ahora explorar los conceptos y significados elaborados sobre el debido proceso como institución jurídica del Derecho sustantivo y procesal.

Ahora bien, otro elemento esencial que debe aclararse, es que el debido proceso constituye un principio aplicable en el ámbito jurídico desde diferentes esferas, por lo que se puede hacer referencia al debido proceso penal, el debido proceso administrativos, el debido

proceso laboral, etc. (Machicado, 2010, p. 2). Aun así, puede entenderse por proceso desde la perspectiva del Derecho como un:

(...) conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa, o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su conocimiento o de su insatisfacción o para la investigación, prevención y represión de los delitos y contravenciones, y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y de la dignidad de las personas en todos los casos. (Prieto, 2003, p.p. 812 - 813)

Y por otro lado, el adjetivo *debido* corresponde a una clase de proceso y a un calificativo del mismo donde se infiere un conjunto de actuaciones enmarcadas en principios que permiten un correcto proceder. Así, para Prieto el debido proceso es “la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso” (2003, p. 817).

Así mismo, para Iriarte el debido proceso supone una doble naturaleza, la orgánica y la procesal:

La primera comprende: las garantías relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc. La procesal se refiere a: las garantías relativas a la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación

exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etc (2005, p.p. 506 - 507).

De lo expuesto anteriormente, se pueden concluir que existen dos tipos de principios en el espectro del debido proceso entendido como garantía judicial: los primeros se encuentran concentrados en la esfera del juez y el poder del que está investido para administrar justicia, mientras que los segundos tienen relación con la posibilidad de las partes para que se les garantice un conjunto de condiciones esenciales durante el proceso, razón por la que se ubicarían en el marco y respeto de las actuaciones de las partes procesales (Iriarte, 2005).

Así las cosas, el debido proceso como garantía judicial, se edifica a fin de evitar actos arbitrarios a través de la limitación de la potestad punitiva o jurisdiccional que se le atribuye al Estado, a partir de actuaciones racionales y fiables concretadas en diversos elementos que integran el debido proceso:

a) las formas procesales; b) la publicidad; c) el juez natural; d) la celeridad; e) el derecho de aportar y controvertir las pruebas; f) el derecho de impugnación; g) el derecho de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; h) la legalidad del delito y de la pena; i) la retroactividad de la ley penal, sustancial o procesal, más favorable; j) el derecho de defensa; y k) la presunción de inocencia (Iriarte, 2005, p. 509).

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-572 de 1992, refiriéndose al artículo 29 de la Constitución Política, señala que “Su relevancia constitucional obedece a que representa la máxima facultad y posibilidad del individuo para limitar el *ius punien di* del Estado”. El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata conforme a lo dispuesto por el artículo 85 de la Carta, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía

de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales.

El artículo 29 de la Constitución contempla, además, otros derechos que se entienden contenidos en el núcleo esencial del derecho al debido proceso, como son el derecho de defensa, el derecho de asistencia de un abogado, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar y controvertir pruebas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Se busca también proteger a las personas en su dignidad humana, su personalidad y su propio desarrollo contra posibles arbitrariedades, con la consabida excusa del ejercicio del poder” (sentencia T - 554 de 1992).

Semejante parece ser la relación dada por los altos Tribunales en torno a los elementos que estructuran el debido proceso, entre los que se encuentran: a) su aplicación a todas las actuaciones judiciales y administrativas; b) la necesidad de una ley anterior a la conducta que se imputa; c) el principio de juez natural; d) el principio de legalidad; e) el principio de presunción de inocencia; f) el principio de contradicción; el principio *non bis in idem* (sentencia T - 396 de 1993).

1.2.3 Efectividad de la sentencia.

El último elemento estructural de la tutela judicial efectiva está constituida por la efectividad de la sentencia, es decir, por la protección jurisdiccional de los derechos (Araujo, 2011). La Corte Constitucional refiriéndose al compromiso que vincula a todas las autoridades públicas con la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, erige esta tarea “a la categoría de “fin esencial del Estado” por el artículo 2 de la Carta, [pues]

supone, entre otras cosas, que las determinaciones judiciales sean oportuna y eficazmente satisfechas (sentencia T- 226 de 2016).

Con esa finalidad lo ha establecido la Corte Constitucional, al explicar que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva no involucra solamente la posibilidad de formular determinada controversia jurídica ni que la misma sea resuelta, sino que se materialice determinado derecho fundamental implicando que la decisión del operador jurídico se acate plenamente, es decir, su cumplimiento sea inmediato (sentencia C - 367 de 2014).

Por consiguiente la jurisprudencia constitucional ha indicado que un Estado Social de Derecho no podría funcionar sin el debido acatamiento de las providencias judiciales, pues constituyen una de las principales garantías de la protección efectiva de los derechos fundamentales, dicho en palabras del alto tribunal:

La capital importancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las sentencias obliga a los jueces y tribunales adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, lo mismo que a la autoridad condenada al cumplimiento oportuno de la sentencia (sentencia T-554 de 1992).

En ese mismo sentido, esta Corporación manifestó en la sentencia T-329 de 1994:

El acceso a la administración de justicia, garantizado en el artículo 229 superior, no implica solamente la posibilidad de acudir ante el juez para demandar que deduzca de la normatividad vigente aquello que haga justicia en un evento determinado, sino que se concreta en la real y oportuna decisión judicial y, claro está, en la debida ejecución de ella. Esto, a la vez, representa una culminación del debido proceso, que no admite

dilaciones injustificadas en el trámite de los asuntos puestos en conocimiento de los jueces ni, por supuesto, en el cabal y pleno desarrollo de lo que se decida en el curso de los juicios.

De la misma manera, teniendo en cuenta el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que los artículos 229 y 29 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha sostenido en diversas situaciones que:

(...) tanto las autoridades públicas como particulares, deben acatar los fallos judiciales con el fin de garantizar la efectiva materialización de los derechos fundamentales y, además, el goce pleno de los mismos por quienes acceden a la administración de justicia, lo que a su vez soporta una garantía constitucional del Estado Social de Derecho (sentencia T- 134 de 2012 citando la sentencia T- 440 de 2010).

Lo expuesto permite concluir que:

Los derechos procesales fundamentales no restringen su efectividad a la existencia de un proceso. Ellos incluyen tanto el derecho a acceder a la justicia como el derecho a la ejecución de las sentencias en firme. Lo contrario llevaría a restarle toda fuerza coercitiva a las normas jurídicas, convirtiendo las decisiones judiciales y la eficacia de los derechos en ellas reconocidos, en formas huecas, carentes de contenido (sentencia T - 554 de 1992).

Por lo tanto, la sentencia emitida por una autoridad, en este caso por el juez, debe cumplirse a la mayor brevedad pues de esta manera se materializa un derecho fundamental, entendida como una de las garantías que ofrece el Estado Social de Derecho en el entendido que la no ejecución de la

sentencia pone en riesgo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y vulnera los derechos sustanciales alegados y protegidos en la providencia (Ruiz, *s.f.*).

2. Los Poderes del Juez en el Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Una vez revisadas las principales teorías constitucionales sobre la obligatoriedad de garantizar la protección de los derechos fundamentales por parte del Estado, aparece en escena la tutela judicial efectiva como principio rector del Estado Social de Derecho que comprende el acceso a la justicia, el debido proceso y la efectividad de la sentencia (Corte Constitucional en sentencias T – 554 de 1992, T – 479 de 1998, C – 893 de 2011, C – 426 de 2002, C – 878 de 2005), encontrándose directamente relacionada la tutela judicial efectiva con el principio *pro actione*. Es por ello que surge la necesidad de determinar la forma en que se ejercen las facultades del juez en el medio de control en comento, y para ello se debe revisar en un primer momento, los sistemas procesales existentes con el fin de esclarecer cuál es el sistema que impera en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el entendido que son los sistemas procesales los que delimitan el papel del juez dentro del proceso.

Posteriormente, se presenta un estudio detallado sobre el principio *iura novit curia* como sustento de la actuación oficiosa del juez; paso seguido, el lector encontrará una descripción detallada del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, que le permitirá concebir la importancia de su utilización en defensa de sus derechos ante la administración pública; y finalmente se expondrá una propuesta de reforma a la Ley 1437 de 2011 que permita la ampliación de los poderes del juez para garantizar el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

2.1 Los Poderes del Juez Administrativo

2.1.1 ¿El Procedimiento Contencioso Administrativo es de carácter dispositivo o inquisitivo?

Iván Karamazov dijo que si Dios no existe todo está permitido, y es muy probable que los juristas teóricos más tradicionales digan que si el legalismo (es decir, el formalismo jurídico, el razonamiento judicial ortodoxo, el “gobierno de la leyes y no de los hombres”, el “imperio de la ley”, en el sentido de la más noble retorica presente en el día de la celebración del derecho, etc.) no existe, entonces los jueces lo tienen todo permitido; pero como el legalismo sin duda existe en materia procesal, no todo está permitido para el juez (Posner, 2011, p. 11).

Tradicionalmente se conocen dos sistemas procesales que son el dispositivo y el inquisitivo, los cuales limitan o amplían las facultades del juez al interior del proceso; es así que en la sentencia SU 678 de 2014, la H. Corte Constitucional se ocupa en estudiar los modelos o sistemas procesales que han existido en occidente en torno a la dirección del proceso. Describe el sistema dispositivo en su característica meramente privatista e individualista y su objetivo garantizador de derechos individuales:

(...) el sistema dispositivo ha prevalecido desde la Revolución Francesa y buena parte del siglo XX, ya que, el fin del proceso era privatista e individualista porque las partes se encargaban de iniciar, impulsar y terminar el proceso con el objetivo de garantizar la protección de los derechos individuales, esto es, las partes son las que determinan el rumbo del proceso dado que disponen del derecho (sentencia SU - 768 de 2014).

Las características de dicho sistema se encuentran fundamentadas en las siguientes premisas:

(i) El juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conozerdes nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*en eat ultra petita partium*) (sentencia SU - 768 de 2014, p. 20).

Así mismo, se ocupa el alto tribunal constitucional del modelo inquisitivo, donde además de proteger los derechos individuales y buscar proteger los derechos de la sociedad, el juez con su actividad impulsa y dirige el proceso en la búsqueda de la verdad material:

(...) Contrariamente, el modelo inquisitivo surge con el propósito de proteger no solo los derechos individuales sino los de la sociedad y, con él, eliminar la pasividad del juez, convertirlo en un funcionario activo, con facultades de “iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio tendiente a buscar la verdad” (sentencia SU - 768 de 2014, p. 22).

Sin embargo, en un Estado Social de Derecho, el juez adquiere nuevos roles siendo el sujeto procesal más activo por tener la función directiva del proceso, haciendo prevalecer el derecho sustancial; es así que el juez moderno debe ser reflexivo en el momento de aplicar la ley porque debe tener en cuenta la realidad de las partes. Según la Corte Constitucional el sistema jurídico colombiano es un sistema mixto que toma elementos tanto del sistema dispositivo como del sistema inquisitivo, y por tal razón la lucha contra la impunidad, la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material son responsabilidades compartidas entre autoridades judiciales y administrativas con los sujetos procesales (sentencia C - 401 de 2013).

A manera de ejemplo, en materia probatoria y para ilustrar la aplicación de estos modelos o sistemas en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede decir que los principios de unidad de la prueba, de la inmediación y el del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba, son producto del sistema inquisitivo ya que se parte de la premisa del papel protagónico que juega el juez en la búsqueda de la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes, pudiendo iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a esclarecer la verdad, pues su función primigenia es velar por la protección de los derechos de los sujetos intervinientes (sentencia C - 086 de 2016).

Por su parte, el principio de unidad de la prueba explicado por el profesor Parra Quijano como la aplicación del método analítico en la valoración individualizada de las pruebas obrantes en el proceso a través de las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican, para posteriormente realizar la evaluación conjunta de los elementos probatorios obrantes en el proceso, debiendo buscar sus concordancias y divergencias a fin de lograr encontrar la verdad procesal.

Lo anterior lleva consigo una aplicación del principio de inmediación que supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio en aras de lograr el amparo real y efectivo de los derechos del usuario de la función de administrar justicia como objetivo primordial del Estado Social de Derecho; lo cual en palabras del tratadista en mención significa: “(...) no debe ser de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir que todas las sensaciones estén “esclavizadas por la atención”, para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de

presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado. (2009, p.p. 67 – 68).

No obstante, el sistema dispositivo también ha influido fuertemente en los principios generales de la prueba judicial, ejemplo de ello son los de autorresponsabilidad, libertad de medios probatorios y necesidad de la prueba; es así que el principio de autorresponsabilidad supone que es a las partes a quienes “les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación están solicitando; de tal manera que ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras” (Parra, 2009, p. 5); lo cual trae como consecuencia lógica que las partes puedan allegar cualquier tipo de prueba “pero siendo enfáticos que de ninguna manera se pueden violar los derechos individuales constitucionalmente garantizados” (Parra, 2009, p. 13), desarrollándose así el principio de libertad de medios probatorios, es decir, lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez.

Con el análisis de los principios en comento (de autorresponsabilidad, libertad de medios probatorios y necesidad de la prueba) queda claro que el sistema dispositivo es un referente teórico importante para la adquisición y valoración de las pruebas, que de ser aplicado de manera estricta tendría como efecto infortunado que el juez se encontrara limitado a la actividad procesal de las partes, pues serían ellas las encargadas de aportar los medios probatorios que quieren hacer valer dentro del proceso y que aspirarían sean valorados por el operador judicial.

No obstante, a pesar que algunos doctrinantes consideran que la Ley 1437 de 2011 tiene mayor influencia del sistema dispositivo ya que para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, es decir, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a él, está obligada a suministrar la prueba que requiera para el éxito de sus

pretensiones, no se debe desconocer que dicho cuerpo normativo ha seguido la tendencia del derecho procesal moderno al tomar elementos propios del sistema inquisitivo.

En conclusión, el paradigma en el que debe contextualizarse el juez contencioso administrativo del siglo XXI encuentra sus bases conceptuales y prácticas en ambos sistemas procesales, y el apoyo bibliográfico antes citado refleja claramente esta afirmación, lo que permite inferir que el actual rol del juez en su comportamiento funcional se encuentra alejado de la concepción tradicional propia del sistema dispositivo, ya que le corresponde utilizar la facultad oficiosa de decretar pruebas pertinentes, necesarias y útiles para el esclarecimiento de los hechos que no se hace con el fin de favorecer a alguna de las partes sino de atinar a una sentencia más acorde con la verdadera realidad de los hechos.

En tal virtud, la tarea investigativa se deja, en principio, a las partes, sin perjuicio de que, excepcionalmente, el juez cuando sea estrictamente necesario decrete de oficio las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico (Barrero y García, 2013, p. 16).

2.1.2 El principio *iura novit curia*.

Comprendiendo lo dicho, se tiene que analizar el carácter rogado de la jurisdicción, el cual se refleja en la implementación del principio de la congruencia con el aforismo *da mihi factum et dabo tibi ius* “dadme los hechos y yo te daré el derecho”, entendido como la limitación que tiene el juez en el momento de la pronunciación del fallo, pues este debe tener en cuenta solo lo que se ha llamado a resolver (Nisimblat, 2016).

La transformación que ha brindado la Constitución de 1991 a todo el ordenamiento jurídico y la manera de generar el Derecho, ha sido parte de lo que se denomina *la constitución*

viviente, generando que en la jerarquía de los criterios de administración de justicia se hayan presentado cambios sustanciales, al punto que hoy prima lo sustancial sobre lo formal; es decir, se han dado algunos avances para superar la aplicación inamovible del concepto de justicia rogada entendido como una regla de técnica contenciosa que implica que la jurisdicción no inicie el proceso oficiosamente, dependiendo su impulso de la actividad de las partes y que su decisión se encuentre en estricta concordancia con los argumentos que expusieron, pidieron y probaron, para dar paso a la aplicación del principio *iura novit curia* de manera excepcional. Dicho de otro modo, la regla general es que la justicia administrativa sea rogada y de forma muy excepcional se aplique el principio *iura novit curia*.

Pero, ¿en qué consiste este principio? El principio *iura novit curia* debe entenderse como la facultad de intervención del juez en los aspectos jurídicos del proceso, dentro de los límites de la congruencia de la sentencia, “dado que el juez conoce el derecho, es así, que debe adecuar los títulos de imputación sin que los fundamentos jurídicos contenidos en la demanda sean necesariamente vinculantes, sin que ello suponga una modificación en la *causa petendi* del proceso o de los hechos en que se fundamenta la acción” (Gil, 2014). En otros términos, es el aforismo del juez “dame los hechos, yo te daré el derecho” (*Da mihi factum, tibi dabo ius*) con el fin de aclarar el significado de Derecho y el sentido de los Hechos (Bohórquez, 2013, p. 74).

La Corte Constitucional mediante sentencia T - 851 de 2010 hace alusión al tema de la siguiente manera:

Este principio *iura novit curia*, sólo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben

respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional.

En consecuencia, el principio *iura novit curia* evita que el juez quede atrapado en los errores propuestos por las partes fundados en las normas desajustadas con la causa, pues al fallador le corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la *litis*.

El mencionado principio cobra vital importancia en los procesos que se llevan ante la jurisdicción constitucional, como lo es la acción de tutela, pues el carácter informal de ésta busca la prevalencia del derecho sustancial.

En relación con lo anterior, se debe entender que el principio *iura novit curia* ha tenido su aplicación protagónica en la acción de tutela, no obstante ello, con la Constitucionalización del Derecho, se ha entendido que también se debe dar prevalencia al derecho sustancial sobre las exigencias formales en todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, que además es un mandato constitucional que yace en el art. 228.

Con el objetivo de cumplir con la anterior premisa, es que la Ley 1437 de 2011, en su art. 171 obliga al juez a admitir la demanda a pesar que “(...) el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”, ya que no es concebible que se limite al ciudadano su derecho fundamental de la tutela judicial efectiva por equivocaciones en la estructuración de la demanda (Ospina, 2013, p. 346).

Se debe tener en cuenta el contenido del art. 229 del CPACA, en el entendido que faculta al juez para decretar medidas cautelares con el fin de “proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y garantizar la efectividad de la sentencia”, sin embargo, esta facultad se

puede ejercer de manera oficiosa única y exclusivamente en los eventos en que se estén controvirtiendo derechos e intereses colectivos (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Exp. 22199, 2016).

Con el mismo propósito, dentro la audiencia inicial, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, art. 180) presenta algunas novedades que permiten ver la aplicación del principio estudiado, como por ejemplo: a) el saneamiento del proceso; b) la vinculación de personas, naturales o jurídicas, como sujetos procesales; c) el estudio y la declaración de cualquier excepción previa pese a que esta no haya sido propuesta por la parte demandada; d) al momento de realizar la fijación del litigio, definir que determinados aspectos no requieren debate probatorio ya sea porque no tienen incidencia dentro del debate jurídico o porque las partes se encuentran de acuerdo sobre algunos aspectos; e) decretar la práctica de pruebas.

En lo que tiene que ver con la práctica de pruebas, el juez se encuentra facultado para interactuar con el medio probatorio, es decir, el juez puede interrogar a las partes y los testigos que rinden declaración, a los peritos que profieren los dictámenes presentados y que son citados a la audiencia de pruebas para que expliquen los métodos utilizados en sus estudios y las conclusiones obtenidas de ellos, y frente a las pruebas documentales decretadas y recaudadas, el juez verifica su congruencia con lo solicitado y puede ordenar su complementación, adecuación y ampliación de considerarlo necesario.

Todo lo anterior se realiza con el objetivo de alcanzar la mejor valoración posible de los elementos probatorios obrantes en el proceso y así proferir una sentencia que se encuentre lo más ajustada posible con la situación fáctica del caso concreto, lo que lleva como consecuencia necesaria la aplicación del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas,

concretándose la protección de los derechos fundamentales de las partes y permitiendo que la verdad formal se adecue a la verdad material.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la sentencia, definir la aplicación del principio *iura novit curia* no ha sido tan sencillo para la jurisprudencia y la doctrina, ya que en el Consejo de Estado se ha pronunciado de forma diferente en cada medio de control. Ejemplo de ello es el estudio y discusión de la legalidad de actos administrativos ya que sostiene que no es posible la aplicación del principio en comento, argumentando que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se circunscribe a confrontar los actos administrativos con el ordenamiento jurídico, los cuales gozan de una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien alega que son nulos, debiendo fundarse en normas específicas y concretas en aras a que la administración también pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

Cosa contraria sucede en el tema de responsabilidad extracontractual, puesto que el principio *iura novit curia* y el denominado *derecho viviente*, son parte de la columna vertebral para el desarrollo sistemático de esta área del derecho (Gil, 2014).

Es así, que en la sentencia C - 197 de 1999 se expresa la importancia que tiene para el proceso que la persona que alega la impugnación de un acto administrativo indique las normas violadas y a su vez explique las razones por las cuales considera qué derecho fue vulnerado. En palabras del alto tribunal se dijo:

La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la

falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún, cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

A la luz de lo expuesto, se puede inferir que la tendencia jurisprudencial de nuestras altas cortes es la de explicar que el referido principio *iura novit curia* se aplicará, justificando los fallos *extrapetita* o *ultrapetita*, siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales de aplicación directa o se trate de procesos en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclame la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, en cuyo caso el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante.

Sin embargo, el doctrinante Ospina en su texto “*Iura novit curia* y justicia rogada. Definición de los poderes del juez según el tipo de litigio”, haciendo una interpretación de la

sentencia SU – 039 de 1997 y de ciertos avances de la doctrina francesa, propone cuatro hipótesis en las que el juez de manera oficiosa debe reconocer cualquier régimen de responsabilidad en aplicación del principio *iura novit curia*:

(...) La justicia rogada como en nulidad en actos administrativos se fractura en razón de intereses superiores frente a los cuales, así no se admita formalmente que se aplica la regla *iura novi curia*, el juez demuestra que conoce el derecho y que la razón para no realizar un control integral y oficioso de la juridicidad no es ni la dificultad, ni la ignorancia del juez.

Así, en primer término, el juez debe anular el acto cuando advierta que este afecta o pone en riesgo un derecho fundamental de aplicación inmediata, así esta razón de invalidez no haya sido presentada en la demanda. Pero la interpretación de esta competencia oficiosa debe ser estricta ya que, por ejemplo, no todo el contencioso laboral toca directamente con el derecho fundamental al trabajo, lo que permitiría en todos los casos la nulidad oficiosa.

En segundo lugar, el juez podría, por aplicación directa de la constitución, suspender de oficio los efectos de un acto que amenace o ponga en riesgo un derecho fundamental.

En tercer lugar, con fundamento en el artículo 4 de la constitución, el juez de lo contencioso administrativo debe inaplicar de oficio actos administrativos contrarios a la constitución.

En cuarto lugar, cuando se advierta el vicio de incompetencia, la nulidad debe ser declarada por el juez, así esta causal no haya sido propuesta por la demanda, ya que la

incompetencia es considerada el vicio más grave que pueda afectar la validez del acto administrativo. (2013, p.p. 341 – 342).

Posición similar sustenta el profesor Sánchez cuando afirma que existen ciertas excepciones a la regla general de no aplicar el principio estudiado, es decir que debe actuar de manera oficiosa suspendiendo los efectos de los actos administrativos, o declarándolos nulos, en los siguientes eventos: a) cuando advierta que estos afectan o ponen en riesgo un derecho fundamental de aplicación inmediata, así esta razón de invalidez no haya sido presentada en la demanda; b) cuando los efectos de un acto amenacen o pongan en riesgo un derecho fundamental; c) cuando el acto administrativo sea contrario a la Constitución, y; d) cuando se advierta el vicio de la incompetencia, así esta causal no haya sido propuesta por la demanda, ya que la incompetencia es considerada el vicio más grave que pueda afectar la validez de un acto administrativo (2013, p.p. 337 - 339).

De la revisión jurisprudencial y doctrinal expuesta hasta el momento, resulta evidente que es más garante de los derechos fundamentales la expuesta por la doctrina, mientras que la posición manifiesta en la jurisprudencia busca preservar el principio de legalidad que rige los actos administrativos y así proteger la estabilidad del ordenamiento jurídico.

No obstante, hay un elemento que no se ha tenido en cuenta en la discusión, y es que cuando el acto administrativo demandado vulnera o desconoce la Constitución, así no forme parte del concepto de violación propuesto por el demandante, el debate jurídico que se le presenta al juez es realmente de índole constitucional, por lo que este, a consideración del autor de este trabajo, se encuentra plenamente facultado para darle al medio de control de nulidad y restablecimiento, un tratamiento similar al fijado para el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad que se encuentra regulado en el art. 135 del CPACA, que se traduce en

fundar su decisión de anular el acto administrativo demandado en la violación de cualquier norma constitucional.

Esta hipótesis, por novedosa que parezca, se encuentra plenamente justificada con la Constitucionalización del Derecho Administrativo y el papel del juez como garante de los derechos fundamentales de las partes, incluyendo el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

2.2 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

El cumplimiento de las garantías del debido proceso consagrado en el art. 29 de la Constitución, le exige al Estado otorgar a la ciudadanía un cúmulo de acciones o procedimientos que le permitan reclamar el cumplimiento, respeto y eficacia de sus derechos y así lograr la aplicación correcta de la justicia como *thelos* fundante de todo Estado Social de Derecho, contenido en todo el marco constitucional.

Ejemplo de ello es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que en su art. 3 contempla unos principios básicos: el debido proceso, de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*, de igualdad, de imparcialidad, de buena fe, de moralidad, de participación, de responsabilidad, de transparencia, de publicidad, de coordinación, de eficacia, de economía y de celeridad; por tanto, al cumplirse a cabalidad junto con la normatividad puede garantizarse dichos derechos.

Además de la incorporación de dichos principios, también se crearon unos medios de control que son: nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, reparación directa, controversias

contractuales, repetición, pérdida de investidura, protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo, cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción y control por vía de excepción (Título III: Medios de Control); todos útiles para salvaguardar los derechos fundamentales, no obstante, teniendo en cuenta que el centro de estudio de este trabajo es el de nulidad y restablecimiento del derecho, únicamente se hará mención de este.

2.2.1 Desarrollo histórico del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho.

El medio de control en comento, tuvo su origen en el derecho francés denominado *el recurso de plena jurisdicción*, donde las pretensiones son la indemnización de perjuicios ocasionados con un acto de la administración, quedándole al juez la facultad de examinar si existió o no violación de la ley y sobre todo, determinar la responsabilidad de la administración.

Es claro que este recurso se ejercía cuando, quien lo intentaba, perseguía solo fines de carácter económico sin que se diferenciara si el acto demandado fuera de carácter general o particular, sin embargo, con el fallo Lafage el 8 de marzo de 1912, se diferenció la admisibilidad del *recurso de anulación* con el de *plena jurisdicción*, bajo el entendido que cuando la petición se limitaba a la solicitud de la nulidad del acto por ilegalidad debía presentarse mediante el primer recurso, es decir el de *anulación* (Güechá, 2014).

El doctrinante Malagón expresa en su libro Vivir en Policía (2007), una contra lectura de los orígenes del Derecho Administrativo Colombiano pues no comparte la idea tradicional que

solamente a partir de 1914 se instauró en el país el control de la actividad pública al estilo del modelo francés, ya que durante el siglo XIX fue la Corte Suprema de Justicia, quien en primer lugar, controló la administración.

Dicho doctrinante también plantea que el Derecho Administrativo Colombiano tiene diferentes orígenes, pero de manera prioritaria la del derecho francés, sin embargo hay que mencionar al derecho español y al derecho norteamericano que han tenido influencia tanto en el derecho constitucional con el derecho administrativo colombiano. Sin embargo, en su artículo “El control de la administración en el siglo XIX” planteó que esta área del Derecho tuvo un comportamiento real y efectivo entre 1811 y 1914, pese a que el control que realizaba la jurisdicción se refería a la actividad administrativa sin utilizar el concepto del acto administrativo puesto que esta teoría no había arribado al país en esa época (2007, p.156).

En lo atinente al órgano encargado de resolver las consultas y/o los litigios contra la administración, la evolución en Colombia fue la siguiente: a) con la constitución de 1821 se creó el Consejo de Gobierno con función consultiva, b) mientras que con la de 1830 fue el Consejo de Estado quien tuvo esta misma función, c) sin embargo, con las constituciones de 1843 y 1853 se volvió nuevamente a la figura del Consejo de Gobierno como cuerpo consultivo de gobierno y, d) por último, con las constituciones de 1858 y 1863 que no establecieron ningún órgano con funciones consultivas. Pero con la constitución de 1886 en su art. 164 suscribió: “la ley podrá establecer la jurisdicción contencioso administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas” (Malagón, 2007, p. 57), lo que quiere decir que se estableció de nuevo en la estructura política-constitucional el Consejo de Estado asignándole funciones consultivas, de presentar proyectos de ley y códigos sobre la materia, y ser el máximo juez de la administración pública.

Con la reforma constitucional de 1910 mediante el acto legislativo 3, en su artículo 42, el estableció que el Consejo de Estado sería el principal tribunal de lo contencioso administrativo, desarrollándose así la Ley 130 de 1913 como el primer Código Contencioso Administrativo, en cual permite impugnar cualquier acto administrativo pero no contempla la indemnización del perjuicio o el restablecimiento del derecho, siendo entonces una acción típica de protección de la legalidad y no de indemnización de perjuicios.

Por su parte, el doctrinante Descalzo describe cómo la jurisdicción contenciosa administrativa pasa de una naturaleza objetiva a una verdadera naturaleza activa, es decir supera el carácter revisor del acto administrativo que durante casi dos siglos de evolución ha sostenido la jurisdicción contenciosa administrativa, y se transforma en una de naturaleza subjetiva impregnada por el legalismo positivista, para finalmente convertirse en la actualidad en un sistema normativo marcado por la complejidad y la ausencia de soluciones univocas, en el cual es protagonista un nuevo procedimiento contencioso administrativo en el que las pretensiones y derechos de cada una de las partes se encuentran sustentadas en el mismo ordenamiento (2011) .

Así mismo, García de Enterría en su texto “Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”, expresa que

Todo el grueso de los derechos subjetivos de los ciudadanos en el complejo mundo de relaciones que mantienen con la moderna Administración, quedaba así remitido al proceso de *excés de pouvoir*, vía angosta y notoriamente insuficiente, puesto que tales derechos no podían jugar en él, limitado al plano estrictamente «objetivo», ningún papel, sobre todo en el plano sustancial de la tutela efectiva, que como tales derechos subjetivos merecen en un verdadero Estado de Derecho (1999, p. 48).

Lo anterior quiere hacer notar la necesidad que existía en el sistema jurídico colombiano, en materia contencioso administrativa, de crear una línea de favorabilidad que permita restablecer el derecho vulnerado, dando así origen a la Ley 80 de 1935 que la acción de plena jurisdicción en el ordenamiento jurídico por medio de la cual se puede solicitar el restablecimiento del derecho vulnerado con el acto de la administración, que necesariamente debe ser violatorio de la constitución y de la ley; esta acción fue denominada acción privada, para diferenciarla de la acción pública de nulidad de la Ley 130 de 1913. Ahora bien, con la Ley 167 de 1941 se otorgó la posibilidad de solicitar a las personas la nulidad del acto y el restablecimiento del derecho, protegiéndose de manera más completa los derechos subjetivos.

La acción de plena jurisdicción o acción privada como se venía conociendo hasta entonces, fue consagrada en el Decreto 01 de 1984 (el anterior Código Contencioso Administrativo) como acción de restablecimiento del derecho, que en su art. 85 expresaba:

Acción de restablecimiento del derecho: Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño. La misma acción tendrá quien además pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente. (Güechá, 2014, p. 277).

En la titulación del artículo 85 del Decreto 01 de 1984 no se consagraba la nulidad y restablecimiento del derecho como acción procesal, sin embargo, los efectos que contemplaba eran los propios son los de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque en su contenido se refiere a la nulidad de los actos administrativos como condición para restablecer el derecho vulnerado.

Esta norma fue más amplia debido a que señalaba sobre qué derechos se podían solicitar

el restablecimiento, pues hace referencia a los amparados en normas jurídicas, es decir, que no los restringe a los consagrados en normas civiles o administrativas, como lo hacía la norma de 1941. (Güechá, 2014, p. 277)

La norma en comento fue subrogada por el Decreto Estatutario 2304 de 1989 en su art. 15, consagrando en la acción nulidad y restablecimiento del derecho la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios ocasionados con el acto administrativo presuntamente nulo, quedando reconocido como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto administrativo, la indemnización de perjuicios.

Esta norma trajo un gran problema en torno a la defensa de los derechos subjetivos que se ven menoscabados con los actos administrativos de carácter general, ya que estos solo podían ser impugnados a través de la acción de simple nulidad sin que se pudiera solicitar el restablecimiento del derecho, lo que obligó al Consejo de Estado, Sección Segunda, a aclarar que se podía utilizar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir la legalidad de un acto de carácter general y solicitar el restablecimiento del derecho que se ha visto afectado

Esta postura del Consejo de Estado, Sección Segunda, se fundamentó en la teoría de los móviles y las finalidades que consiste en la posibilidad de elegir la acción procesal teniendo en cuenta la pretensión principal de la demanda y no a partir el tipo de acto administrativo que se controvierte.

Lo dicho permitía utilizar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la inaplicación del acto administrativo de carácter general y ordenar el restablecimiento cuando el litigio lo conocía en primera instancia los juzgados administrativos, y cuando la controversia era competencia en primera instancia de los Tribunales Administrativos, se podía solicitar la nulidad del acto administrativo de carácter general y el restablecimiento del derecho.

Esto en razón a que bajo la vigencia de este código, los juzgados administrativos no tenían competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

2.2.2 El medio de control nulidad y restablecimiento del derecho bajo la vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En el vigente Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 138, consagra el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como una pretensión contenciosa administrativa, siendo esta, parte del control judicial que se realiza a la actividad de la administración pública; es así que actualmente es considerado como un medio de control cuyo objetivo es corregir y así controlar la ilegalidad en que pueda incurrir la administración al proferir sus actos.

Ello quiere decir que cuando se lesione un derecho de carácter subjetivo amparado por la Constitución y la ley, la persona afectada puede ejercer este medio de control, para solicitar la anulación del acto administrativo y también pedir que se restablezca el derecho vulnerado en la misma sentencia (Penagos, 2011, p. 852).

Se precisa que el artículo 138 del actual Código, además de consagrar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dispone la regla general que éste procede contra actos particulares, expresos o presuntos, y de manera excepcional contra actos generales, cuando violen los derechos subjetivos de los ciudadanos; a su letra dice:

Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas

causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

De lo dicho se infiere que se podrá solicitar la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado al particular demandante, o la reparación del daño causado (lo que sea procedente en el caso concreto), siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación del acto administrativo general; sin embargo, si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término de caducidad del medio de control se contará a partir de la notificación de aquel.

Respecto de las características de este medio de control, el profesor Santofimio asevera que es de carácter subjetivo, individual, temporal y desistible, ya que lo que se pretenda con la nulidad de sus propias decisiones es que la entidad pública demandada restablezca el derecho que se encuentra amparado en una norma jurídica. (Santofimio, 2004).

Por su parte, el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de julio de 2006, se refiere a sus características del medio de control en comento del siguiente modo:

(...) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, es procedente cuando el daño proviene del acto administrativo ilegal y para lograr su reparación es menester que el juez declare su nulidad, porque solo entonces el daño causado por este será antijurídico y comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado. Es decir, que siempre que exista un acto administrativo con el cual se afirma haber causado un perjuicio, y del cual se acusa su ilegalidad, esta será la acción correcta. (Exp. 32578, p. 1).

Para comprender mejor el papel del juez como garante constitucional, es necesario compararlo con el juez de tutela ya que el estudio de legalidad de un acto administrativo demandado ha

permitido que los jueces de lo contencioso administrativo sean jueces constitucionales difusos en esta materia, puesto que el control de legalidad lleva consigo un necesario estudio de constitucionalidad, generándose así un verdadero control en la administración frente a los actos que emite.

Respecto de los actos que son susceptibles de ser demandados bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dicha postura cobra mayor importancia por cuanto lo que se está persiguiendo en últimas es el restablecimiento o reparación del derecho vulnerado, máxime si este se trata de un derecho fundamental. (Cassese, 2014).

Siguiendo la misma línea argumentativa, vale la pena citar al doctrinante Sarria, quien manifiesta en su escrito sobre la anulación de los actos administrativos por razones de inconstitucionalidad, que:

Siendo así válido decir que mediante el control de nulidad y restablecimiento del derecho se puedan alegar motivos de inconstitucionalidad, dado que a través de este medio de control se infundan actos administrativos de carácter particular y excepcionalmente actos administrativos de carácter general y las causales que se pueden invocar para fundamentar la solicitud de nulidad son las mismas consagradas para la nulidad y restablecimiento del derecho, en las cuales está comprendida la violación de las normas en que debe fundarse y entre ellas está comprendida la Constitución. (Sarria, 2014, p. 339).

En síntesis, el efecto práctico de la Constitucionalización del Derecho Contencioso Administrativo, reflejado en la Ley 1437 de 2011, es que la función del juez contencioso administrativo sea equiparada a la del juez de tutela, lo cual resulta lógico en el entendido que esta área del Derecho tiene carácter de orden público, y por ende debe ser respetuoso de las

normas superiores y procurar la defensa de los derechos fundamentales de las partes como lo indica el debido proceso constitucional.

Es así que desde cualquier arista que se revise, se llega a la misma conclusión, y es que el actuar del juez contencioso administrativo exige una mayor actividad en el medio de control de nulidad y restablecimiento debido a la función que desarrolla dentro del proceso como garante de los derechos fundamentales de las partes.

En ese orden de ideas, es obligación del juez argumentar fuertemente sus decisiones, haciendo uso de todas las fuentes del Derecho que tenga a su alcance, entrando a jugar un papel protagónico el precedente jurisprudencial que incida directamente en la solución del caso particularmente controvertido, de lo contrario podría llegar a ser acusado de prevaricato, a menos que se considere necesario un apartamiento de dicho precedente, el cual debe estar justificado bien porque el caso concreto, no es similar por circunstancias de modo, tiempo y lugar al debatido en el precedente, por la calidad de los sujetos o por cualquier otra razón legítima para apartarse de ella, utilizando siempre una hermenéutica inspirada por los valores y principios constitucionales que inspiran la ética judicial y la aplicación efectiva del derecho sustancial.

2.2.3 Causales de nulidad de actos administrativos.

Es por todos conocido que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y ejecutoriedad hasta tanto no sean anulados por un juez, pero dicha presunción puede ser atacada ante la jurisdicción contencioso administrativa, alegando cualquiera de las causales de nulidad que más adelante se analizarán. En estos eventos el juez garante de derechos fundamentales debe analizar rigurosamente que se haya cumplido con los requisitos legales para la expedición de los actos administrativos, y de no ser así proceder a su anulación y volver las cosas al estado anterior

a su promulgación.

Por estas razones, es necesario preguntarse ¿cuándo es nulo un acto administrativo? Por ello, es importante mencionar el art. 137 del actual Código que establece las causales de nulidad del acto administrativo así:

Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)

Luis Enrique Berrocal Guerrero en su obra Manual del Acto Administrativo, cita la sentencia del 11 de junio de 1992, expediente 1941 (C.P. Miguel González Rodríguez), la cual resume en una sola causal todas las contempladas en la ley, referenciando lo enseñado por el profesor Waline, en el sentido que todas las causales de nulidad del acto administrativo se condensan en el quebrantamiento de una norma superior de derecho, es decir, dependiendo de la categoría o clase de acto administrativo que vulnera normas jerárquicamente superiores. Para ilustrar mejor lo anotado, se transcribirán apartes de la mencionada cita:

Podría pensarse, según ello, que las causales de nulidad del acto administrativo hoy en día son seis a saber: 1). la incompetencia; 2). la desviación del poder; 3). la expedición irregular; 4). la falsa motivación; 5). el desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa; y, 6) la violación o quebrantamiento de la norma superior de derecho. Sin embargo, lo cierto es que, como bien lo observa el profesor Waline, todas esas causales se reducen a una sola: *El quebrantamiento o violación de la norma superior de derecho,*

pues es claro, que las demás, para que se estructuren, requieren de la existencia, por lo general, de una norma constitucional o legal que fija los límites de la competencia del funcionario u órgano administrativo, o radique la facultad de actuar administrativamente en otro órgano o funcionario de la misma administración, o solamente se la confiera a otro funcionario u órgano de otra rama del poder público, o que prohíba a todas ellas a adoptar determinada decisión, como, por ejemplo, imponer la pena de muerte o de confiscación o que señalen o indique el procedimiento administrativo previo a seguir para poder adoptar la decisión, o que precise la intención que tuvo en cuenta el legislador al investir de esa facultad o competencia a determinado funcionario u órgano, o que imponga la obligación a la autoridad de oír al que va a ser afectado con la decisión y recepcionarle los medios de convicción que presente, y que son incuestionablemente las que deben citarse en la demanda y aparecer realmente como quebrantadas por el acto administrativo que juzga el juez de esa jurisdicción especial. Entonces, indubitable es que los vicios de incompetencia o abuso o exceso de poder, de desviación de este, de expedición irregular, de falsa motivación y desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa no son otra cosa que un criterio esencialmente didáctico (Berrocal, 2016. p. 547).

En otros términos, las causales de nulidad son formas de violación de la norma superior de Derecho, de ahí que, ordinariamente se mencionan como normas quebrantadas la Constitución, la ley y la jurisprudencia. Es así que la misma jurisprudencia contenciosa administrativa ofrece múltiples ejemplos del quebrantamiento de derechos por parte de la administración. Sin embargo, a continuación se expondrán a manera de ejemplo dos sentencias del Tribunal Administrativo de Santander del año 2016 en las cuales se resalta el deber que le asiste al juez

contencioso administrativo de garantizar y restablecer los derechos que han sido violados a los ciudadanos.

Precisando que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ha nacido en nuestro ordenamiento para proteger los derechos de los ciudadanos, en este primer caso analizado, se encontró que la administración pretendiendo tener facultades constitucionales produce actos administrativos que atentan contra los derechos laborales de los empleados de carrera administrativa, tal como a continuación se analizará: como hechos, se alegó en la demanda que la actora ejercía un cargo que fue declarado insubsistente por el Decreto N° 005 del 14 de enero de 2002 “por medio del cual se adopta la planta de personal de la administración central del municipio de Barrancabermeja y por el Decreto N° 010 del 15 de enero de 2002”; quien de forma oportuna utiliza el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho para que sea reintegrada a su cargo como Asistente de la Unidad de Desarrollo Social Nivel I Grado 18 adscrita a la Secretaria de Bienestar Social y se le paguen los perjuicios causados.

El Tribunal Administrativo de Santander en primera instancia por medio de la sentencia del 16 de julio de 2009 con número de radicado 2002-1317-00, argumenta que se debe desligar la relación existente entre el acto general declarado nulo por decisión del Consejo de Estado, del acto particular que declara insubsistente el cargo de la demandante; el Tribunal alude a la facultad constitucional que tiene el alcalde en el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia para suprimir ese cargo sin tener en cuenta que ya el acto general era nulo y por consecuencia debía quedar nulo el acto particular que había sido expedido en razón del general.

El Consejo de Estado cuando revisa la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, lo que hace es analizar si el último acto que declara la insubsistencia de la

demandante (es decir el acto particular), deviene o no, del acto del que ya había sido declarado nulo.

En conclusión, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda- Subsección B, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve del 17 de febrero de 2011 con radicado N° 68001233100020020131701 expediente 2014-2009, contrario a lo que había dicho el Tribunal Administrativo de Santander en su sentencia del 16 de julio de 2009, manifiesta lo siguiente:

(...) la ilegalidad sobreviniente, que podría darse por la nulidad del decreto 237 de 2001, y que señala la parte demandante fue el fundamento del Decreto 005 de 2002, se debe señalar que no implica que al ser declarado nulo el decreto 237 de 2001, automáticamente desaparece la motivación empleada para la expedición de los Decretos 004 del 14 de enero de 2002, N° 005 del 14 de enero 2002 y N° 010 del 15 de enero de 2002 y el oficio N° SG-0033 del 14 de enero de 2002 (...)

(...) es así, que no existe, como señala la demandada, un bloque de legalidad entre el Decreto N° 005 de 2002 y el Decreto 237 de 2001, no existe comunicación directa entre los dos actos, en primer término porque las nulidades no se comunican de un acto a otro, y en segundo término porque se deben demostrar las causas o razones de ilegalidad en forma específica para cada acto en particular, y así poder desvirtuar su presunción de legalidad.

El Decreto 237 de 2001, no afecta la expedición de todos los actos generales y particulares, pues no es su base jurídica, la restructuración que este acto administrativo determino es un fundamento factico que para el momento de la expedición de los decretos

005 y 0010 de 2002 era un hecho real y cierto... (Subrayado fuera del texto original) (p. 11).

Las afirmaciones anteriores fueron reprendidas por el Consejo de Estado de esta manera, en su problema jurídico dice:

Problema Jurídico: deberá esta instancia determinar si la nulidad del Decreto 327 de 2001 declarada mediante sentencia judicial, afecta *per se* la legalidad de los actos demandados y en consecuencia debe declararse la nulidad de cada uno de estos actos, y el reintegro de la actora al cargo que desempeñaba en la administración municipal con el consecuente pago de salarios y prestaciones.

Es así que argumento de su fallo, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, manifiesta que:

(...) Este Decreto 005 de 2002, según se lee en su parte considerativa, fue expedido con fundamento en la nueva estructura fijada mediante Decreto 237 de 2001, por lo cual para la sala es claro, y así lo ha manifestado en recientes pronunciamientos esta Sección, que la anulación del acto general tiene efectos *erga omnes* es decir, “frente a todos” y por tanto al haberse anulado el acto general que constituye fundamento del acto particular, este último resulta viciado también de ilegalidad al estar inmerso en la causal de expedición irregular por falsa motivación, sin que pueda afirmarse que se está ante una situación consolidada cuando se anuló el acto general, esto es, el Decreto 237 de 2001, porque el afectado con el acto particular había solicitado además de la nulidad de dicho acto, la inaplicación del acto general (Subrayado fuera del texto original).

El Consejo de Estado ha manifestado referente a las consecuencias de la anulación judicial del acto general que sirvió de fundamento para la expedición de actos

particulares, así a dicho: ...de allí que se considere como regla general que, en tal caso, las cosas vuelven a su estado inicial, como si el acto no hubiere existido, excepto en relación con las situaciones ya consolidadas, es decir, aquellas particulares cuyos respectivos actos ya no son susceptibles de impugnación jurisdiccional, ora por caducidad de la acción, ora por tratarse de cosa juzgada.

Consecuente con lo hasta aquí dicho...el vicio de nulidad del Decreto 237 de 2001 afecta la legalidad de acto de supresión, es decir, del Decreto 005 de 2002...por lo tanto constituyó el fundamento del acto que afectó la situación laboral de la actora.

Como se puede inferir, el acto demandado en donde se declara la insubsistencia del cargo de la demandante se expidió con fundamento en un acto de carácter general que ya había sido declarado nulo y en consecuencia su efecto es *erga omnes*; por lo tanto, el fundamento del acto de carácter particular que es demandado, también resulta viciado de ilegalidad, y en consecuencia el Consejo de Estado ordena al Tribunal Administrativo de Santander rehacer la sentencia donde se declaró nulo el acto particular impugnado por la demandante y de esta manera protegerle su derecho al trabajo.

Del anterior ejemplo analizado se puede colegir que el juez de primera instancia bien sea colegiado o individual debe tener en cuenta como juez garante de derechos fundamentales la jurisprudencia vertical y horizontal que sobre el caso de estudio se haya producido, a fin de auxiliarse de la misma para producir un fallo acorde con la misma y en procura de la defensa de los derechos fundamentales del debido proceso y los propios que le asisten a la parte demandante con el fin de evitar dilaciones injustificadas y procurar una pronta y cumplida justicia, lo que en últimas se traduce en el deber del juez de garantizar la aplicación del derecho de la tutela judicial efectiva.

No obstante el sistema de función pública de administración de justicia está muy bien diseñado para hacer realidad la tutela efectiva de los derechos sustanciales en disputa al haber establecido recursos ordinarios y extraordinarios contra sentencias que permiten el uso de la doble instancia, a fin de asegurar una revisión de la sentencia apelada con el propósito de ofrecer una verdadera justicia; entonces, los recursos y la doble instancia se convierten en instrumentos útiles para la defensa de los derechos.

El otro ejemplo que se trae a colación es la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, de fecha del 14 de mayo de 2009, expediente No. 68-00-12-331000-2002-02559-01, que versa sobre los siguientes hechos: se resuelve el recurso de apelación solicitado por los demandados, sobre la decisión de primera instancia que le reconoció el derecho de sustitución de jubilación en su condición de compañera permanente, la cual es revocada en segunda instancia.

La tesis como respuesta al problema jurídico planteado se fundamenta en la exclusión que se hace del régimen especial de la Fuerza Pública - Policía Nacional, argumentando que este a su vez no estaba vigente para la época de la expedición del acto, por ello (entre otros argumentos), no se le reconoce el derecho a la actora en cuanto le revocó el derecho a la sustitución de jubilación en su condición de compañera permanente.

En la decisión del Consejo de Estado se advierte que no se tuvo en cuenta, para el caso en concreto los postulados de la Constitución Política, que prohíben la discriminación de la compañera permanente respecto de la cónyuge; por otro lado, siendo la actual constitución posterior a la fecha de la muerte del pensionado, y además que la actora inició su reclamación con posterioridad a la vigencia de la Carta Política, se debe inaplicar el régimen especial de la policía nacional que no consagra entre los beneficiarios de la sustitución pensional a las compañeras permanentes, nada obsta para que el vacío se llene con la aplicación del régimen

general de los servidores públicos, tal como se decidió en sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente doctor. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 1 de octubre de 2009, expediente: 2009-00 791-00. Por lo tanto le solicitó al Tribunal Administrativo de Santander rectificar su fallo de segunda instancia, protegiendo así el derecho fundamental de la demandante a no ser discriminada.

El análisis de este caso permite vislumbrar las ventajas que tiene para el ordenamiento jurídico la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra sentencias judiciales, ya que se convierte en otra garantía para los usuarios de la función pública de administración de justicia en el entendido que permite revisar una decisión judicial pese a encontrarse agostadas las instancias ordinarias, ello a causa del desconocimiento abierto de los derechos fundamentales de alguna de las partes, contenido en la sentencia.

2.2.4 Medidas Cautelares.

Continuando con el estudio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, su importancia dentro del ordenamiento jurídico para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las partes y el papel del juez en dicho proceso, es importante hacer referencia al art. 238 de la Constitución Política que dispone: “(...) la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial (...)”.

Se resalta la importancia de este mandato que le da poder al juez administrativo mediante los respectivos medios de control, para limitar y vigilar la actuación de la administración, incluso para dejar sin efectos, temporalmente, los actos administrativos cuya demanda de nulidad

conozcan, mientras se encuentran demandados siempre y cuando se cumplan con los requisitos para su procedencia.

Se debe decir inicialmente que ante la ilegalidad manifiesta de una actuación administrativa, y con el fin de darle cumplimiento al principio de la tutela judicial efectiva, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece la aplicación de medidas cautelares, previamente o en el transcurso del proceso principal, considerando las circunstancias, la urgencia del caso concreto y la ponderación entre los intereses públicos y privados, para que se puedan adoptar aquellas que se consideren más adecuadas o indispensables, ya sea solicitada por la parte demandante o que hayan sido concedidas de oficio.

Las medidas cautelares que proceden se encuentran establecidas en fórmula innominada, pues la disposición señala que el juez puede decretar todas las medidas que sean necesarias, lo cual dependerá de cada caso concreto, con lo cual se amplía sustancialmente su poder, por cuanto en el régimen anterior únicamente podía suspender los efectos del acto administrativo en cuestión.

Sin embargo, no se puede perder de vista que esta ampliación de poderes en el decreto de medidas cautelares que trajo consigo la Ley 1437 de 2011, encuentra su razón de ser en la necesidad de garantizar el objeto del proceso, es decir, la efectividad y ejecución de la sentencia o impedir que el recurso pierda su finalidad legítima, que en el derecho comparado constituye una manifestación del derecho a la tutela cautelar que se deduce de la tutela judicial efectiva (Araújo, 2011, p. 285).

Como se evidencia, el juez no es un coadministrador sino un posibilitador para que la administración decida correctamente que deba hacer pero no podrá suplantar; en ese sentido, la

hermenéutica a la que debe acudir el juez como garante de derechos fundamentales implica en muchos casos salirse de la metodología de conceptos de Savigny (textual, lógico, histórico y sistemático) y pasar a la utilización de una interpretación finalista y consecuencialista de las propuestas por Ihering (fines intereses y consecuencias).

El juez debe estar en la capacidad de decidir un caso con fundamento combinado en el texto, la lógica, la historia, el sistema y el fin de la Constitución (López, 2006, p. 33), posición que coincide con lo expuesto por el autor Arboleda Perdomo cuando afirma que: “(...) debe advertirse sin embargo que dichos poderes del juez llegan hasta la posibilidad de ordenar que la administración decida pero no podrá tomar su lugar” (2012, p. 365).

Otra norma que regula el tema de las medidas cautelares es el art. 229 del actual Código que a su letra dispone:

(...) Podrá el juez o magistrado ponente decretar en providencia motivada, las medidas necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, (...)

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ (Parte tachada declarada inexecutable por la C-284 de 2014) de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

Por su parte, el art. 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fija los requisitos para que las medidas cautelares sean procedentes:

El *fumus boni iuris* se evidencia en los dos primeros numerales. 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

El numeral 3 trae consigo la exigencia de ponderación entre los intereses en conflicto. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

El *periculum in mora* se evidencia en el numeral 4:

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serian nugatorios (Arboleda, 2012, p. 365),

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, mediante providencia que resuelve la solicitud de medidas cautelares de urgencia imprecada por la demandante (C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 29 de enero de 2016, exp. 22199), hace un análisis sucinto y pormenorizado en torno a este tema, análisis que a continuación se presentará:

1. Generalidades de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias

para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3].

Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes [art. 231]:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

La norma en su parte inicial [art. 231] señala que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) sean procesos de tutela y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

El trámite que debe dársele a la solicitud de medida cautelar se encuentra consignado en el artículo 233.

El artículo 234 del CPACA permite al juez omitir el trámite previsto en el artículo 233 ib. y decretar una medida cautelar, siempre que estén cumplidos los requisitos del artículo 231 y sea evidente la urgencia de ordenarla. En ese evento en particular no se notifica previamente al demandado de la solicitud de medida cautelar.

Acentuando el papel del juez como garante de los derechos fundamentales dentro del proceso contencioso administrativo, el Consejo de Estado concluye en esta sentencia que:

La diferencia concreta entre las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 230 del CPACA y la medida cautelar de urgencia del 234 ibidem. es el traslado que debe hacerse a la parte contraria de la solicitud de tales medidas [art. 233], pues en las primeras

es obligatorio pero en la segunda, dada la urgencia de adoptarla no es posible agotar ese trámite.

No obstante, los anteriores requisitos no son suficientes puesto que de acuerdo con el numeral 4 del artículo 231 y el artículo 234 ib. debe advertirse además la existencia de un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia que se dicte sean nugatorios en caso de no accederse a la medida cautelar y la urgencia de decretarla. (p.p. 4 – 6).

Entonces, se puede colegir de lo dicho por el alto tribunal de lo contencioso administrativo que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, las medidas cautelares siguen los requisitos de procedibilidad generales y son de tres tipos: preventivas, conservativas y anticipativas o de suspensión; pudiendo el juez decretarlas de oficio únicamente cuando se busca salvaguardar derechos e intereses colectivos.

Pero, en tratándose del medio de control en comento, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece dos salvedades o especificaciones: la primera contenida en el art. 231 al indicar que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado; la segunda salvedad se encuentra suscrita en el art. 232 al afirmar que no se requiere caución cuando se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

Respecto de la suspensión provisional de un acto administrativo como medida cautelar de urgencia, esta procede cuando cumpliéndose los requisitos generales de procedibilidad, también se evidencia que de no decretarse se generaría un perjuicio irremediable para el demandante y/o la sentencia le resultaría inocua; dicho de otro modo, las medidas cautelares de urgencia se deben

decretar para garantizar el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, solo si fueron solicitadas por la parte interesada.

2.2.5 Propuesta de reforma del CPACA para ampliar los poderes del juez.

En el ejercicio práctico de la actividad judicial, hay que resolver situaciones que implican la vulneración masiva de derechos, especialmente de índole laboral, producto de decisiones de la administración contenidos en actos de carácter general que cobran efectos individuales cuando se concretan a través de actos administrativos de carácter particular. Ejemplo de ello son los actos de restructuración de las entidades públicas por medio de los cuales se liquidan o suprimen un gran número de cargos.

En ese sentido, los afectados por la actuación de la administración tienen dos medios de control para controvertir dichas medidas: el primero es acudir al medio de control de nulidad simple contenido en el art. 137 de la Ley 1437 de 2011 para demandar la legalidad del acto o actos administrativos de carácter general que sirven de soporte o fundamento de los actos administrativos de carácter particular; circunstancia que no es muy frecuente ya que el accionante no puede solicitar la reparación o el restablecimiento del derecho a través de este medio de control.

Por ello, lo que ocurre con frecuencia es que cada uno de los afectados por el comportamiento de la administración ejerza el segundo medio de control que pone a su disposición el Código, el cual es el de nulidad y restablecimiento del derecho contenido en el art. 138 que en inciso segundo establece:

(...) Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la

reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Esta alternativa tiene como efecto que se congestionen los despachos judiciales de forma innecesaria, pues cada uno de los jueces debe estudiar por separado, la legalidad del mismo acto de carácter general llegándose a producir diversas decisiones, que por su disparidad podría generar violaciones al derecho de igualdad ya que frente a circunstancias similares se producen fallos diferentes, lo cual es perfectamente plausible ya que cada juez realiza el estudio de legalidad de los actos administrativos demandados de forma distinta puesto que los cargos de legalidad y las pruebas aportadas pueden variar en cada demanda; situación que para la ciudadanía es inexplicable por cuanto se trata del estudio del mismo hecho generador, esto es la legalidad o ilegalidad del mismo acto administrativo de carácter general.

La situación expuesta constituye el problema jurídico, que a consideración del autor de este trabajo, la Ley 1437 de 2011 no contempló y requiere de una solución para alcanzar uniformidad en los fallos de primera instancia, descongestionar los despachos judiciales y proteger los derechos de las partes, ya que los particulares que acudan en calidad de demandantes tendrán la misma decisión frente al estudio de la legalidad de los actos administrativos demandados y las entidades podrían evitar afectaciones onerosas en sus presupuestos por concepto de condenas judiciales que cobrarán ejecutoria muchos años después, por el pago de sumas dinero que deberán ser actualizadas junto con sus respectivos intereses moratorios.

Una solución aparente a esta problemática la contempla el art. 165 del CPACA y el art. 148 del Código General del Proceso: el primero contempla la figura de la acumulación de

pretensiones dentro del proceso contencioso administrativo, y la segunda norma citada regula la posibilidad de la acumulación de procesos y/o demandas, aplicable en el procedimiento contencioso administrativo por remisión del art. 306 de la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, la aplicación de estas normas no soluciona verdaderamente el problema planteado por las razones que a continuación se exponen: en primer lugar, la figura de la acumulación de pretensiones implica la presencia de varios demandantes con las mismas pretensiones, obviamente representados por el mismo apoderado, lo cual en realidad no siempre ocurre ya que cada afectado puede tener un apoderado distinto y la presentación de la demanda puede acaecer en un momento diferente.

En segundo lugar, referente a las figuras procesales contempladas en el Código General del Proceso, las cuales son la acumulación de procesos y de demandas que para su aplicación requiere de la solicitud de parte o ser decretada de oficio, tiene por término para su solicitud y decisión hasta antes de la fijación de la fecha para celebrar la audiencia inicial. Para mayor claridad sobre este aspecto, se cita el auto dictado dentro del proceso con radicación No. 11001-03-25-000-2016-00488-00 (2221-16), proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, de fecha del 02 de mayo de 2017:

La norma citada señala como límite temporal para que proceda la acumulación de procesos y demandas «*hasta antes de señalarse fecha y hora para la audiencia*», por lo que una vez fijada fecha y hora para la referida diligencia, desaparecen las posibilidades de acumulación anteriormente expuestas, en virtud de los principios procesales de preclusión y oportunidad. (p. 5).

Lo anteriormente dicho se traduce en la dificultad en que todas las controversias suscitadas por la expedición del acto administrativo de carácter general que afecta a la totalidad de accionantes se pueda llevar bajo una misma cuerda procesal, puesto que la fecha de iniciación de los procesos no coincide, ocasionando que los procesos se encuentren en etapas procesales diferentes; es decir, no se puede tener la certeza de que todos los procesos que se inicien respecto de la misma situación vayan a ser conocidos y decididos de la misma manera.

Con las precisiones anotadas, se debe entender que las figuras contenidas en las normas procesales vigentes, no ofrecen una solución definitiva tendiente a obtener decisiones unificadas frente a la impugnación de los actos administrativos de carácter general que vulneren de forma masiva derechos sustanciales de los particulares, pues sigue latente la posibilidad de que frente al mismo acto se hagan consideraciones diferentes sobre su legalidad.

Teniendo claridad sobre este panorama procesal, es que a consideración del autor de este trabajo, se hace necesario incorporar una figura en la Ley 1437 de 2011 que permita suspender los procesos de nulidad y restablecimiento de primera instancia con el fin de permitirle al Tribunal Administrativo competente por factor territorial, conocer y decidir acerca de la legalidad del acto o los actos administrativos de carácter general que fundamentan la vulneración de derechos sustanciales a través de actos administrativos de carácter particular.

El objetivo de esta figura es que se le permita al Tribunal Administrativo competente conocer de manera oficiosa sobre la legalidad de un acto administrativo de carácter general que sea considerado como fuente de posibles vulneraciones masiva de derechos sustanciales, pudiendo estar inmerso bienes jurídicos tutelables de carácter fundamental. El propósito de esta nueva competencia es el de lograr decisiones unificadas, ya que el sustento de la legalidad del

acto administrativo de carácter particular y el posterior restablecimiento del derecho, dependen directamente del estudio y decisión de legalidad del acto administrativo de carácter general.

Es así, que para que tenga razón de ser esta competencia, es necesario que el Tribunal Administrativo haga un estudio integral sobre la legalidad del acto administrativo general demandado, lo que implicaría que tuviera las mismas facultades que otorga la norma en el parágrafo del art. 136 del CPACA cuando se conoce del medio de control nulidad por inconstitucionalidad; es decir, que no se encontraría limitado a los cargos formulados en la demanda para proferir su decisión.

Una vez en firme la decisión de legalidad del acto administrativo de carácter general, cada juez de primera instancia debe entrar a estudiar y resolver sobre los efectos particulares que haya producido dicho acto, y si hay lugar a reconocer y decretar el restablecimiento del derecho solicitado.

La reforma propuesta a la ampliación de los poderes del juez en la Ley 1437 de 2011 propende la protección de derechos fundamentales tales como la tutela judicial efectiva, en el entendido que: a) permite coherencia en todas las decisiones adoptadas garantizando la seguridad jurídica, b) la concreción del principio de igualdad, c) un control judicial eficiente y oportuno de las decisiones y actuaciones de la administración, y (d) soluciones de fondo y definitivas sobre sus controversias ya que no habría necesidad de interponer el recurso de apelación por cuanto la decisión del Tribunal Administrativo sobre la legalidad del acto administrativo de carácter general que sustenta las pretensiones, ya ha hecho tránsito a cosa juzgada.

3. Análisis de las Sentencias de Segunda Instancia proferidas por el Tribunal

Administrativo de Santander durante el año 2016

Después del estudio realizado sobre los poderes que tiene el juez como garante de derechos fundamentales en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y teniendo en cuenta que el honorable Consejo de Estado ha sido claro en manifestar que el principio *iura novit curia* no puede ser aplicado en la declaratoria de nulidad de cualquier acto administrativo por cuanto el juez debe limitarse a revisar la legalidad del acto demandado por las razones aducidas por el demandante, pero existiendo la posibilidad de la aplicación de dicho principio en el restablecimiento del derecho cuando se discute el restablecimiento o reparación de bienes jurídicos tutelados de índole constitucional de rango fundamental.

Por ello es que se procederá a exponer el análisis realizado sobre las veinticinco (25) sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander durante el año 2016 en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales fueron obtenidas de la Relatoría de dicha Corporación y cuya metodología de escogencia y análisis se explica a continuación:

- Se eligieron las sentencias que resolvieron el recurso de apelación en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho porque en ellas se podía revisar el comportamiento del juez tanto de primera como de segunda instancia en dicho medio de control, en torno a la defensa de derechos fundamentales, en especial el de la tutela judicial efectiva, y la implementación de los poderes del juez para lograr tal fin.

- Fueron tomadas las sentencias proferidas en el año 2016 por esta Corporación porque su análisis permite conocer la postura más reciente en torno a la solución de controversias en el medio de control estudiado, además que en dichas providencias se resuelve controversias instauradas desde el año 2010, lo que permite revisar el comportamiento de la jurisdicción contencioso administrativa en Santander en un periodo de tiempo considerable.

- Si bien es cierto que el Tribunal Administrativo de Santander profirió más de las veinticinco (25) sentencias analizadas durante el año 2016, doscientos cincuenta (250) para ser exactos, las cuales fueron revisadas, sin embargo se tomaron como objeto de análisis el diez por ciento (10%) ya que se necesitaba una muestra representativa que permitiera hacer una revisión general de la actividad del Tribunal Administrativo de Santander en lo que a sentencias de segunda instancia del medio de control de nulidad y restablecimiento se refiere.

- Ese diez por ciento (10%) que se tomó como muestra de análisis fue seleccionado a partir de un criterio temático, es decir que se eligió una sentencia por tema decidido por el Tribunal debido a que en la mayoría de las ocasiones se presentan las mismas controversias jurídicas y fácticas, los que hizo innecesario ampliar la muestra de sentencias para analizar.

- Partiendo de la premisa que la metodología de análisis jurisprudencial obedece a la experiencia como estudiante, abogado, profesor y juez de quien realiza este trabajo, y que el análisis a través de formatos o fichas tiene por objeto facilitar el cumplimiento de los objetivos trazados; se establecieron como criterios a revisar de las sentencias los siguientes ítems: (a) Identificación de la sentencia: i) Magistrado Ponente, ii) fecha de la decisión, iii) clase de proceso, iv) medio de control. (b) Partes del Proceso: i) demandante, ii) demandado. (c) Frente a la Litis: i) hechos, ii) pretensiones de la demanda, iii) problema jurídico. (d) Sentencia apelada.

(e) Recurso de Apelación. (f) Ratio Decidendi del fallo de segunda instancia. (g) Salvamento de Voto. (h) Parte Resolutiva.

A continuación se presentarán una serie de figuras o esquemas en las cuales se plasman aspectos comunes y relevantes que se encontraron en las sentencias analizadas (ver apéndice), resultados que serán valorados teniendo en cuenta ítems estudiados en las fichas de análisis jurisprudenciales.

3.1 Figuras

En este aparte, tal como se había anunciado, se presentan una serie de figuras que buscan facilitar la comprensión de las sentencias de segunda instancias proferidas en el año 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander, las cuales son comentadas con el fin de presentar la información obtenida de dichas providencias del modo más objetivo posible.

Figura 1. Tipos de Derechos Reclamados en la Demanda.

Como se observa, los derechos que con frecuencia la ciudadanía reclama su protección son los derechos reales, el debido proceso, derechos laborales y derechos pensionales. En el caso

de los derechos reales se presentaron tres (3) demandas en las cuales los accionantes consideraron que les fue vulnerado su derecho de propiedad

Igualmente ocurrió con el derecho al debido proceso en el que se presentaron tres (3) demandas por la presunta ruptura de la unidad procesal y violación de la confianza legítima, y por la vulneración de las formalidades legales del procedimiento de contratación estatal.

Respecto de los derechos laborales, se presentaron quince (15) demandas reclamando su protección, de las cuales: a) cinco (05) versan sobre prestaciones sociales, b) dos (02) tratan el tema de la prima de servicios, c) cinco (05) manejan la temática del derecho al trabajo por desvinculación indebidamente motivada, d) dos (02) de cesantías, y (e) una (01) por el no pago de salarios durante el tiempo de suspensión en cumplimiento de una sanción disciplinaria.

Por último, sobre los derechos pensionales se conocieron cuatro (04) demandas en las que se discutió concretamente el reconocimiento de: a) la reliquidación de la asignación de retiro, b) reliquidación de la pensión de vejez, c) pensión de sobreviviente, y (d) pensión de jubilación.

Figura 2. Argumentos para apelar.

Es a través del recurso de apelación que se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, en este caso la que contiene una sentencia-, el recurrente debe confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión con

sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de segunda instancia que decida sobre los puntos o asuntos que cuestiona, debiendo señalar dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad soportadas plenamente en el ordenamiento jurídico, a las cuales deberá ceñirse el juez superior; al punto que si el recurrente no sustenta el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, este se declarará desierto (Consejo de Estado, 2011, exp. 16306).

Con base en lo anterior, se procedió a revisar los argumentos sobre los cuales se sustenta el recurso de apelación contra las sentencias de primera instancia que resuelven el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales son: a) la inobservancia del precedente, sea de los pronunciamientos de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado; b) la incorrecta interpretación y aplicación de la norma, sea de orden legal o constitucional; y (c) el error fáctico entendido como aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas, la no valoración del acervo probatorio, el desconocimiento de las reglas de la sana crítica y todos los problemas relacionados con los soportes probatorios del proceso o con la valoración de los hechos que soportan el proceso (sentencia T 646 de 2011); haciendo la salvedad que se pudieron presentar uno o varios de estos argumentos en el recurso de apelación.

El argumento de inobservancia del precedente se expuso en cuatro (4) recursos, el de indebida interpretación y/o aplicación de la norma se presentó en veinte (20) recursos, y el de error fáctico en nueve (9) recursos, siendo importante comentar que en varios recursos se presentaron varios de los argumentos expuestos, concretamente frente a las sentencias de primera instancia que fueron objeto de modificación.

Figura 3. Sentencias revocadas, modificadas y confirmadas.

Como ya se ha dicho, las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander durante el año 2016 fueron veinticinco (25), de las cuales doce (12) fueron confirmadas, ocho (8) modificadas y cinco (5) revocadas, cuyos análisis jurisprudenciales se encuentran en el apéndice de este trabajo (ver apéndice).

Figura 4. Argumentos del Tribunal Administrativo de Santander para confirmar la sentencia de primera instancia.

Las sentencias confirmadas corresponden a los siguientes radicados: 2010-217-01, 2010-256-01, 2012-193-01, 2012-248-01, 2012-254-01, 2012-302-01, 2013-055-01, 2013-341-01, 2014-033-01, 2014-258-01, 2014-362-01 y 2014-474-01 (ver apéndice).

Más allá de revisar si el Tribunal Administrativo de Santander acogió o no la fundamentación presentada por los jueces de conocimiento, lo que se buscó con esta categoría fue revisar los errores en que incurrieron los recurrentes al analizar el fallo del *a quo*, lo que impidió que prosperaran sus solicitudes.

Dichos errores fueron: a) inobservancia del precedente por parte del recurrente, el cual se presentó en siete (7) recursos; b) incorrecta interpretación y/o aplicación de la norma por parte del recurrente, presentándose en siete (7) recursos; c) valoración errónea del acervo probatorio por parte del recurrente, el cual se presentó en solo un (1) recurso; y (d) la incorrecta interpretación de los efectos del precedente por parte del recurrente, habiéndose presentado en un (1) solo recurso. Es importante aclarar que en varios recursos de apelación se presentaron varios de los errores expuestos.

Figura 5. Argumentos del Tribunal Administrativo de Santander para modificar la sentencia de primera instancia.

Las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander que modificaron lo dicho en la primera instancia yacen en los radicados: 2012-215-01, 2013-165-01, 2013-300-01, 2013-368-01, 2014-152-01, 2014-154-01, 2014-239-01 y 2014-742-01 (ver apéndice).

Teniendo en cuenta que los errores que se pueden presentar en una sentencia judicial son la inobservancia del precedente, la incorrecta interpretación y aplicación de la norma, y el error fáctico enfocado en la indebida valoración del acervo probatorio que afecta la comprensión de los hechos que sustentan la contienda judicial, se encaminó la revisión de la *ratio decidendi* de las sentencias de segunda instancia del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander durante el año 2016 hacia estos argumentos.

Las sentencias de primera instancia del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho que fueron modificadas debido a la inobservancia del precedente fueron cuatro (4), las que se modificaron por la incorrecta interpretación y/o aplicación de la norma fueron seis (2), y en las que se argumentó error fáctico en la valoración de las pruebas que afectó la correcta interpretación de los hechos fueron dos (2).

Las modificaciones realizadas a las sentencias de primera instancia se dieron porque el *ad quem* no coincidió con la valoración que efectuó el juez de conocimiento en algunos aspectos muy concretos de sus sentencias, como por ejemplo la observancia de los hechos que permitía declarar la prescripción de manera oficiosa, o en la interpretación dada a la norma que en cada caso permitía: a) aplicar de manera oficiosa la excepción de inconstitucionalidad siguiendo lo dicho en el precedente, b) contabilizar de manera diferente el término de prescripción de los derechos laborales, c) declarar la nulidad del acto administrativo demandado de manera parcial atendiendo a la violación del debido proceso en la formación del mismo, d) no imponer obligaciones que la ley no configura, y (e) ordenar el restablecimiento del derecho de una manera determinada; lo que permitió en muchas ocasiones corregir la sentencia de primera instancia en aspectos que no fueron señalados en el recurso de apelación (sentencias con radicados 2012-215-

01, 2013-165-01, 2013-300-01, 2013-368-01, 2014-152-01, 2014-0154-01, 2014-239-01, 2014-742-01; ver apéndice).

Figura 6. Argumentos del Tribunal Administrativo de Santander para revocar la sentencia de primera instancia.

Las sentencias que revocaron lo dicho por el juez de conocimiento se encuentran en los radicados: 2010-046-01, 2012-216-02, 2012-304-01, 2013-481-01 y 2014-238-01 (ver apéndice).

Siguiendo la misma línea de análisis presenta sobre las sentencias modificadas, es que se revisó si en las sentencias que fueron revocadas por el Tribunal Administrativo de Santander se puede identificar en la *ratio decidendi* que el *a quo* erró por inobservar el precedente, por interpretar y aplicar incorrectamente la norma o por no valorar correctamente las pruebas afectando la comprensión de los hechos que sustentan el litigio.

De las sentencias revocadas, dos (2) incurrieron en la inobservancia del precedente, tres (3) en la incorrecta interpretación y aplicación de la norma, y una (1) en el error fáctico.

Figura 7. ¿Hay coherencia entre los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la *ratio decidendi* de las sentencias del Tribunal?

Partiendo del supuesto que los argumentos o el sustento de lo pedido en el recurso de apelación sujeta o limita el análisis que el juez de segunda instancia hace sobre la providencia que va revisar (Consejo de Estado, 2011, exp. 16306), se hace necesario revisar si los argumentos expuestos en la *ratio decidendi* coinciden con los argumentos del recurso de apelación, teniendo presente lo expuesto en la sentencia de primera instancia para verificar lo dicho por el recurrente.

Es el momento para recordar que al tener el procedimiento contencioso administrativo un sistema procesal mixto, es decir que tiene elementos tanto del sistema dispositivo como del inquisitivo, le es dable al juez de segunda instancia revisar si en la sentencia apelada subyace algún otro yerro que el recurrente no haya advertido y que de no tenerse en cuenta se termine dejando en firme una providencia judicial que vaya en contravía del ordenamiento jurídico, teniendo como límite la imposibilidad de afectar negativamente al recurrente único.

Dicho límite es conocido en la jurisprudencia como *no reformatio in pejus* que consiste en la garantía que “le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que

el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses” (Consejo de Estado, 2011, exp. 16306).

Es así que de las veinticinco (25) sentencias estudiadas, en veintitrés (23) se denota coherencia entre los argumentos del recurso de apelación y la *ratio decidendi* de la providencia proferida por el Tribunal, y dos (2) no. Sobre las veintitrés (23) en las que si hay coherencia argumentativa entre lo expuesto en el recurso de apelación y los fundamentos de la sentencia, doce (12) corresponden a sentencias que confirman lo dicho por el juez de primera instancia, siete (7) a sentencias que modificatorias, y cuatro (4) corresponden a sentencias que revocaron la providencia proferida por el *a quo*.

Respecto de las dos (2) sentencias en las que no se encontró relación entre los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por el Tribunal, una (1) obedece a lo dicho en las sentencias modificatorias y la restante (1) a un fallo que revoca lo dicho en primera instancia, sin que se hayan presentado este fenómeno en las sentencias que confirman el pronunciamiento del juez que conoció en un primer momento el litigio.

La sentencia modificatoria en la que no se encontró relación argumentativa corresponden al radicado 2013-165-01 en la que se observó que se reconoció lo solicitado en el recurso de apelación pero no por las razones expuestas por el recurrente, pues mientras este solicitó revocar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia porque el juez no tuvo en cuenta en algunas normas, el *ad quem* observa que en la sentencia apelada no se estudió la legalidad del acto administrativo demandado y por tal motivo debe realizarlo (ver apéndice).

En igual sentido, la sentencia que revocó el fallo de primera instancia pero que sus argumentos no guardan coherencia con los del recurso de apelación, atañe al radicado 2010-046-

01; en dicho proceso el recurrente alegó la improcedencia de la prescripción declarada en la sentencia de primera instancia, pero este argumento no fue estudiado por el juez de segunda instancia a pesar de ser el problema jurídico a resolver pues el tema de la prescripción era lo que impedía ordenar el restablecimiento del derecho, ya que la nulidad del acto administrativo ya había sido declarada.

En la parte resolutive de esta sentencia se ordena revocar todo el fallo proferido por el *a quo*, declarando la nulidad del acto administrativo demandado, nulidad que ya había sido declarada, y ordena a título de restablecimiento del derecho efectuar los pagos solicitados por el demandante, pero nada dice respecto de la prescripción declarada en primera instancia (ver apéndice).

Figura 8. Anulación total, parcial o no anulación del Acto Administrativo demandado.

Tan cómo se puede apreciar en esta gráfica, de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander, catorce (14) anularon totalmente el acto administrativo, ocho (8) no lo anularon y tres (3) los anuló parcialmente. Respecto de los primeros, es decir de los actos administrativos anulados totalmente, tres (3) provienen de sentencias que revocaron la decisión de primera instancia, cinco (5) de sentencias que confirmaron la decisión de primera instancia, y seis (6) de sentencias que modificaron lo dicho por el juez de conocimiento.

Sobre los actos que no fueron anulados, uno (1) es producto al fallo que revoca la sentencia de primera instancia, seis (6) de fallos que confirman la sentencia de primera instancia, y uno (1) corresponde al fallo que modificó la primera decisión.

Y por último, los actos administrativos demandados que fueron modificados parcialmente, uno (1) es producto de la sentencia que revocó el fallo de primera instancia, otro (1) se dio en una sentencia que confirmó el fallo de primera instancia, y el restante (1) yace en un fallo que modificó lo expuesto por el juez de conocimiento.

Figura 9. ¿Se acogen las pretensiones conforme lo solicitado en la demanda?

Esta categoría de análisis se diferencia de la anterior en la medida que en esta se evalúa si el fallo del Tribunal Administrativo de Santander reconoció todas las pretensiones de la demanda declarando la nulidad y ordenando el restablecimiento del derecho conforme a lo solicitado por el accionante; es así que se encontró que en diez (10) sentencias se acogieron la totalidad de las pretensiones del demandante, mientras que en quince (15) sentencias no se acogieron las pretensiones tal como fueron presentadas en el escrito de la demanda.

De las diez (10) sentencias que acogieron la totalidad de las pretensiones, seis (6) corresponden a fallos que confirman lo dicho por el juez de primera instancia, tres (3) que lo modifica, y una (1) que lo revoca.

Sobre los quince (15) pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Santander que no acoge las pretensiones de la demanda totalmente, en nueve (9) se niegan las pretensiones de los demandantes y seis (6) fallos se acogen parcialmente las pretensiones, ya sea porque revoca parcialmente el acto administrativo demandado o porque ordena restablecer el derecho de un modo diferente al solicitado. El fenómeno del no reconocimiento total de las pretensiones se vislumbró en cuatro (4) sentencias que revocaron lo dicho por el *a quo*, en cinco (5) que lo modificaron, y en seis (6) que lo confirmaron.

Figura 10. ¿Se restablece el derecho?

De las veinticinco (25) sentencias analizadas, se restablece el derecho en diecisiete (17) de ellas y en ocho (8) no se ordena el restablecimiento.

Respecto de las sentencias que no restablecen el derecho se encontraron ocho (8) ya que no reconocieron las pretensiones efectuadas por los demandantes, de los cuales uno (1) corresponden al grupo de sentencias que revocan lo dicho por el *a quo*, uno (1) del grupo que modificaron, y seis (6) que lo confirma.

Sobre los diecisiete (17) fallos que restablecen el derecho, cuatro (4) corresponden al grupo que revocan la sentencia de primera instancia, siete (7) que la modifican, y seis (6) que la confirman. Otra lectura que se puede hacer a estos fallos, es que diez (10) obedecen a sentencias

que acogieron en su totalidad las pretensiones de las demandas, y los siete (7) restantes corresponden a sentencias en las que se restableció el derecho de manera diferente a la solicitada en tanto consideró por ejemplo que: a) lo solicitado no era procedente porque iría en contra del ordenamiento legal; b) el daño que alegan sea reparado a título de restablecimiento aún no se encuentra configurado como un daño antijurídico puesto que no era viable realizar un estudio de fondo de la legalidad del acto demandado; c) se presentó el fenómeno de la prescripción; y (d) si se concediera a título de restablecimiento lo solicitado en la demanda se pondría en peligro derechos fundamentales de la colectividad, pudiendo incentivar conductas que atenten contra el ordenamiento jurídico (sentencias con radicados 2012-215-01, 2012-216-01, 2012-0304-01, 2013-300-01, 2014-152-01, 2014-154-01 y 2014-238-01; ver apéndice).

Figura 11. Ejercicio de los poderes oficiosos del juez.

Siguiendo la línea de análisis, corresponde ahora explicar si en las sentencias revisadas se aplicó o no los poderes oficiosos del juez y bajo qué circunstancias. Como se puede observar en la gráfica que antecede, de las veinticinco (25) sentencias revisadas, en diez (10) el juez de segunda instancia ejerció sus poderes oficiosos y en quince (15) no.

De las quince (15) sentencias en las que no se aplicaron dichos poderes, nueve (9) corresponden a las sentencias que si acogieron las pretensiones tal y como se habían solicitado

en la demanda, y las seis (6) restantes corresponden con las sentencias que no restablecieron el derecho ya que negaron las pretensiones de las demandas. De estas sentencias, dos (2) pertenecen al grupo de fallos que revocó la providencia de primera instancia, dos (2) al grupo de fallos que modificaron la sentencia del *a quo*, y once (11) al grupo de fallos que confirmaron lo dicho por el juez administrativo.

Respecto de las diez (10) sentencias en las que se aplicaron los poderes oficiosos del juez, corresponden siete (7) a aquellos fallos en los que si se restableció el derecho pero no conforme a las pretensiones de las demandas, una (1) en la que si se concedieron las pretensiones de la demanda, y dos (2) se encuentra en el grupo de fallos que niega las pretensiones, haciendo la acotación que en una de estas sentencias se restableció el derecho de la accionante a pesar de no acoger lo solicitado en la demanda (sentencia con radicado 2012-304-01, ver apéndice). De estas sentencias, tres (3) revocan lo dicho en primera instancia, seis (6) lo modifican, y una (1) lo confirma.

En las sentencias anteriormente referidas se aplicaron los poderes oficiosos que el juez posee al decidir: a) evaluar argumentos de derecho que no se presentaron en el escrito de la demanda pero si en el recurso de apelación; b) declarar la violación de un derecho fundamental a pesar que dicha situación nunca fue mencionada por la parte demandante; c) declarar la prescripción de manera oficiosa; d) corregir las sentencias de primera instancia en aspectos que no fueron puestos en discusión en los recursos de apelación; e) acoger la solicitud del recurrente con en razones distintas a las referidas en el recurso de apelación; f) revisar que en la demanda no se solicitó la nulidad de todos los actos administrativos necesarios para que pudiera restablecer el derecho, lo que hubiera desencadenado en una inepta demanda en caso de que diera a lugar la declaratoria del actos administrativo demandado; y (g) ordenar a título de

restablecimiento del derecho una medida distinta a la solicitada con el fin de proteger los derechos fundamentales de la comunidad y evitar incentivar actos que atentaran contra los bienes públicos (sentencias con radicados 2012-215-01, 2012-254-01, 2012-216-01, 2012-304-01, 2013-165-01, 2013-300-01, 2014-152-01, 2014-154-01, 2014-238-01 y 2014-742-01).

Figura 12. Sentencias con salvamento de voto.

De las veinticinco (25) sentencias estudiadas, solamente dos (2) de ellas se presentaron salvamentos de votos que corresponden a los radicados 2012-215-01 y 2012-304-01.

Del primer fallo, el salvamento de voto muestra un desacuerdo en la fundamentación jurídica que permitió ordenar el restablecimiento del derecho ya que de la valoración integral del acervo probatorio se desprende una conclusión contraria a la que llegó la Sala al tomar la decisión (sentencia con radicación 2012-215-01, ver apéndice).

Respecto de la segunda sentencia, es decir la correspondiente al radicado 2012-304-01, en el salvamento de voto se manifiesta una diferencia de criterios en torno a la interpretación del ordenamiento jurídico que la Sala realizó, además de considerar errónea y extralimitada la exhortación que profirió hacia la entidad demandada ya que ese no era el modo idóneo de

efectuar el restablecimiento del derecho, máxime cuando se dejó incólume la legalidad del acto administrativo demandado que a su parecer debía declararse nulo (ver apéndice).

Figura 13. Fecha de presentación de la demanda.

De las veinticinco (25) sentencias revisadas, tres (3) de ellas presentaron la demanda en el año 2010, siete (7) en el 2012, seis (6) en el año 2013, y nueve (9) en el año 2014.

Figura 14. Fecha de la sentencia de primera instancia.

Con el propósito de establecer la prontitud en la resolución de los conflictos que se ventilan en la jurisdicción contencioso administrativa, se revisó en las veinticinco (25) sentencias estudiadas la fecha del fallo de primera instancia que se está apelando y que conoció el Tribunal Administrativo de Santander en segunda instancia, las cuales tuvieron un pronunciamiento

definitivo en el año 2016. Sobre estos casos dos (2) tuvieron fallo de primera instancia en el año 2011, cinco (5) en el 2014 y dieciocho (18) en el año 2015, haciendo la salvedad que en las siete (7) de las sentencias restantes no se registró dicho dato.

Los datos anteriores, cotejándolos con las fechas en que se interpusieron las demandas (ver figura 13), permite colegir que la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha permitido mayor rapidez o menos demora en la resolución definitiva de los litigios ya que resuelven los conflictos desde lo sustancial. Esta conclusión, mirándola a la luz del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, demuestra que la aplicación del CPACA ha contribuido en gran medida que este derecho se materialice ya que le facilita a los usuarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo obtener sentencias definitivas que solucionan su problema desde lo sustancial en un término razonable.

3.2 Explicación de los resultados obtenidos

Teniendo en cuenta que el tercer objetivo de este trabajo es determinar el alcance del uso de los poderes del juez para garantizar la tutela judicial efectiva en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho; se realizó el análisis de las sentencias de segunda instancia del medio de control en comento proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander durante el año 2016, con el fin de constatar si los jueces contencioso administrativo, individuales y colegiados, del distrito judicial de Santander, protegen el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y si para ello hace uso de los poderes que le otorga la norma procesal vigente.

Para este cometido, se escogieron veinticinco (25) sentencias que decidieron acerca de los temas más comunes y relevantes, a las cuales se les realizó el análisis jurisprudencial que yace en el apéndice de este trabajo, para posteriormente efectuar una revisión sobre las mismas que

permitiera obtener criterios de comparación objetivos y comunes en todas las providencias estudiadas, y que a manera de ilustración quedaron para su observación en las catorce (14) figuras que anteceden.

De dichas figuras se puede inferir aspectos muy interesantes como por ejemplo: a) el impacto que tuvo la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, b) el sentir de la ciudadanía frente al comportamiento de las entidades del Estado, c) la valoración que las partes hacen sobre los fallos de primera instancia, y (d) la actuación de los jueces individuales y colegiados.

En lo que tiene que ver con el impacto de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, al cotejar las fechas en que fueron presentadas las demandas con las fechas de los fallos de primera y segunda instancia, denota que los procesos que iniciaron bajo la vigencia de la norma referida tuvieron mayor agilidad; es decir el impacto fue positivo por la eficiente utilización del recurso temporal lo cual redundó beneficiosamente en el empleo de los demás recursos (humanos físicos, tecnológicos etc..) resolviéndose en el menor tiempo posible dado el carácter mixto del proceso (oralidad y escrituralidad mínima).

Esta disminución en el tiempo de respuesta dado por la administración de justicia en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, llevan consigo la satisfacción de los usuarios del sistema al garantizarle con esto el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que se concreta en la celeridad con que se logró la sentencia definitiva.

Aquellos procesos que ya se habían iniciado, e incluso fallado, con antelación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se podría pensar que la aplicación del Código tuvo un efecto negativo sobre ellos en el entendido que fueron resueltos de modo definitivo en el mismo año que aquellos procesos que se iniciaron posteriormente; sin embargo, esta lectura

resulta equivoca si se tiene en cuenta que el proceso ordinario establecido en el CPACA es más ágil comparándolo con el establecido en el Decreto 01 de 1984 (ver figuras 13 y 14).

Respecto del sentir de la ciudadanía, es claro que los derechos que más reclaman su reconocimiento y protección a través del medio de control en estudio, al considerar que fueron vulnerados por parte de las entidades de la administración pública, son: a) los derechos laborales en cualquiera de sus manifestaciones, b) los derechos reales, c) la vulneración al debido proceso en el procedimiento administrativo, y (d) derechos pensionales en sus distintas modalidades (ver figura 1), los cuales tienen un componente sustancial fuertemente relacionado con los derechos fundamentales.

En cuanto a la valoración que hacen las partes sobre las sentencias de primera instancia, se puede decir que el desacuerdo que estas tiene sobre la fundamentación de los fallos proferidos por el *a quo*, versa sobre la presunta inobservancia del precedente emitido por la Corte Constitucional o del Consejo de Estado, la posible incorrecta interpretación y/o aplicación de la norma, sea de orden legal o constitucional, y la eventual configuración de un error fáctico en el proceso, entendido como aquellos inconvenientes relacionados con el decreto, práctica y valoración probatoria que llegaren la comprensión de los hechos que sustentan el proceso (ver figura 2).

Dichos argumentos no tuvieron acogida en doce (12) procesos ya que la decisión que tomó en ellos el Tribunal Administrativo de Santander fue confirmar la providencia del juez de conocimiento (ver figura 3), en el entendido que los recurrentes erraron en los argumentos que expusieron en sus escritos de apelación ya que no tuvieron en cuenta el precedente o dilucidaron mal sus efectos, interpretaron erróneamente la norma, y/o valoraron de manera equívoca el acervo probatorio del proceso (ver figura 4).

Sin embargo, respecto de los trece (13) procesos restantes, esta Corporación encontró razonable las dudas presentadas por los recurrentes ya que decidió revocar o modificar la sentencia de primera instancia (ver figura 3). En lo atinente a los procesos, en cinco (5) de ellos se revocó la providencia proferida por el juez de conocimiento puesto que erró por inobservar el precedente, por interpretar y/o aplicar incorrectamente la norma o por no valorar correctamente las pruebas afectando la comprensión de los hechos que sustentan el litigio (ver figura 6).

Sobre las sentencias de primera instancia que fueron modificadas, ocho (08) en total, se tuvo que en ellas se presentaron desacuerdos entre la valoración que el Tribunal Administrativo de Santander hizo en comparación con la efectuada por el *a quo*, ya que no coincidieron en aspectos muy concretos del proceso que giraban en torno a la observancia de los hechos que permitía declarar la prescripción de manera oficiosa, o en la interpretación dada a la norma que en cada caso permitía: a) aplicar de manera oficiosa la excepción de inconstitucionalidad siguiendo lo dicho en el precedente, b) ordenar el restablecimiento del derecho de una manera determinada, c) no imponer obligaciones que la ley no configura, y (d) declarar la nulidad del acto administrativo demandado de manera parcial atendiendo la violación del debido proceso en la formación del mismo, retrotrayendo el procedimiento administrativo al momento en que se presentó dicha vulneración (ver figura 5).

Lo señalado no quiere decir que el juez de primera instancia no haya tenido el cuidado necesario en la escogencia e interpretación de la norma aplicada o del precedente judicial existente, la lectura que a consideración de este trabajo se le debe dar a los resultados expuestos sobre las sentencias que fueron sujetas a modificación, tiene que ver con el cambio de posición la tesis jurídica que mantenía el Tribunal, o por proferirse una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado en el intervalo de tiempo entre la sentencia de primera y segunda instancia

que implicara modificar decisiones adoptadas contrarias a dicho precedente, o también por disparidad de criterios en torno al restablecimiento del derecho.

El punto verdaderamente relevante en torno a las sentencias que fueron objeto de modificación, es denotar que existe diferencia de criterios jurídicos que permiten la valoración de un caso concreto que no pueden ser entendidas como ignorancia o descuido del juez de primera instancia, sino que obedece a posiciones jurídicas disimiles donde prevalece la tomada en segunda instancia, que incluso se encuentra sujeta a ser revocada por un fallo de tutela.

En síntesis, se puede decir que el Tribunal Administrativo de Santander restableció el derecho en diecisiete (17) sentencias, de las cuales diez (10) de ellas atendieron la totalidad las pretensiones de las demandas (ver figura 9), mientras que en las siete (7) restantes se restableció el derecho de manera diferente a la solicitada por considerar que: a) lo solicitado no era procedente porque iría en contra del ordenamiento legal; b) el daño que alegan sea reparado a título de restablecimiento aún no se encuentra configurado como un daño antijurídico puesto que no era viable realizar un estudio de fondo de la legalidad del acto demandado; c) se presentó el fenómeno de la prescripción; y (d) si se concediera a título de restablecimiento lo solicitado en la demanda se pondría en peligro derechos fundamentales de la colectividad, pudiendo incentivar conductas que atenten contra el ordenamiento jurídico (ver figura 10). En las otras ocho (8) sentencias no se restableció el derecho porque no se concedieron las pretensiones de la demanda.

Todo lo anterior pudo realizarlo el Tribunal Administrativo porque hizo ejercicio de sus poderes oficiosos, ya que decidió:

1. Evaluar argumentos de derecho que no se presentaron en el escrito de la demanda pero si en el recurso de apelación.

2. Declarar la violación de un derecho fundamental a pesar que dicha situación nunca fue mencionada por la parte demandante.

3. Declarar la prescripción de manera oficiosa.

4. Corregir las sentencias de primera instancia en aspectos que no fueron puestos en discusión en los recursos de apelación.

5. Acoger la solicitud del recurrente con en razones distintas a las referidas en el recurso de apelación.

6. Revisar que en la demanda no se solicitó la nulidad de todos los actos administrativos necesarios para que pudiera restablecer el derecho, lo que hubiera desencadenado en una inepta demanda en caso de que diera a lugar la declaratoria del actos administrativo demandado.

7. Ordenar a título de restablecimiento del derecho una medida distinta a la solicitada con el fin de proteger los derechos fundamentales de la comunidad y evitar incentivar actos que atentaran contra los bienes públicos.

Es importante decir que los poderes oficiosos fueron empleados en diez (10) de las veinticinco (25) sentencias, de las cuales en siete (7) restableció el derecho pero no conforme a lo solicitado en la demanda, en dos (2) sentencias negó lo solicitado por el demandante y en una (1) si concedió la totalidad de las pretensiones. Ello permite decir que el Tribunal Administrativo de Santander implementa sus facultades oficiosas cuando es necesario y el caso objeto de revisión lo amerite con el propósito de garantizar la protección de los derechos sustanciales y así propender por la concreción del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

Podría decirse que la escasa aplicación de los poderes oficiosos del Tribunal Administrativo de Santander en los casos revisados, indicara que este cuerpo colegiado tiene resistencia frente a la implementación de sus poderes oficiosos, con lo que se podría afirmar que

aún existe rezagos del formalismo que imperaba en el sistema contencioso administrativo anterior.

Sin embargo, la lectura correcta que se debe hacer de las cifras presentadas, se encamina a demostrar que la sentencia recurrida o los fundamentos del recurso de apelación se ajustan claramente con el ordenamiento jurídico, dando como resultado que el juez de segunda instancia no tenga la necesidad de utilizar sus poderes oficiosos para desatar la controversia ya que le basta hacer un estudio sobre los argumentos jurídicos esbozados en dichos escritos.

Pero no basta con los análisis anteriormente realizados para saber si los jueces colegiados o singulares del distrito judicial de Santander, por medio de las sentencias de primera y/o de segunda instancia que profieren y contribuyen con la materialización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; también se debe entrar a revisar si existe coherencia entre los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la *ratio decidendi* de los fallos de segunda instancia ya que son estos los que marcan la línea de análisis que debe seguir el *ad quem* en el momento de surtir la revisión solicitada (ver figura 7).

De no hacer el juez de segunda instancia el estudio de los argumentos manifiestos en el recurso de apelación, se le estaría vulnerando al recurrente el derecho al debido proceso en su componente de la doble instancia desde el aspecto sustancial, y en consecuencia se entendería vulnerado el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva; sin embargo, este deber no es impedimento para que el juez de segunda instancia corrija los yerros que el recurrente no advirtió pero que sean abiertamente contrarios a las normas de orden público.

Es por ello que de las veinticinco (25) sentencias estudiadas, solamente en dos (2) de ellas no se encontró coherencia entre lo manifestado por el recurrente y la argumentación hecha por el Tribunal. En una de ellas, el *ad quem* explica que su desatención a la argumentación del recurso

de apelación obedece a que el juez de primera instancia no estudió la legalidad del acto administrativo demandado, debiendo él hacerlo de manera oficiosa (sentencia con radicado 2013-165-01; ver apéndice).

En otra sentencia no se exponen los motivos por los cuales no tiene en cuenta lo dicho por el recurrente, y lo más grave es que no contradice lo dicho por el juez de primera instancia en su sentencia y aun así decide revocarla (sentencia con radicado 2010-046-01; ver apéndice).

De lo dicho se colige entonces que, el Tribunal Administrativo de Santander emplea sus poderes oficiosos para garantizar el debido proceso como componente de la tutela judicial efectiva, ya que busca dar a los usuarios de la administración de justicia sentencias que resuelvan el litigio desde el aspecto sustancial que se ajusten con el ordenamiento jurídico, dejando claro dos cosas: la primera es que el ejercicio de dichos poderes no se ejerce en todo momento sino cuando el proceso mismo lo requiere por los errores cometidos por las partes o por el juez de primera instancia.

En segundo término, se puede decir que la implementación de los poderes del juez con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, no implica un favorecimiento *per se* para el demandante pues reconocer un derecho que no se tiene trae como consecuencia la vulneración de los derechos de la parte demandada, siendo esto contrario a la función natural del juez, la cual es garantizar el respeto de los derechos de las partes y del ordenamiento jurídico.

4. Conclusiones

Recapitulando lo expuesto a lo largo de este trabajo, se tiene claro que la definición de los derechos fundamentales como concepto aun es tema de gran preocupación para las sociedades modernas ya que su importancia radica en que son las exigencias mínimas requeridas para alcanzar la cohesión y organización social basada en la justicia y la protección de cada uno de los ciudadanos, puesto que configuran la base de toda democracia, lo que ha dado lugar al nacimiento de diversas teorías que intentan abordar este tópico desde diferentes aristas.

Lo cierto es que a pesar de existir variedad de teorías que propenden la protección de los derechos fundamentales, en Colombia su defensa tiene rango constitucional ya que en la misma Carta Política se incluyeron acciones sumarias y expeditas entre las cuales se encuentra la tutela como la gran contribución que pudo hacer el Constituyente a la sociedad colombiana para garantizarle la defensa de sus derechos frente a las actuaciones de las autoridades, públicas o privadas, sin que entre ellas estuviese contempladas inicialmente las providencias judiciales.

Sin embargo, con el paso del tiempo surge la necesidad de incluir las sentencias como actuaciones de las autoridades judiciales susceptibles de ser tutelables, ello porque en algunas ocasiones los jueces dieron preferencia al derecho adjetivo sobre el derecho sustantivo, lo que trajo como consecuencia que la Corte Constitucional tuviese que intervenir en el ejercicio de la función del juez, recordándoles que su deber es garantizar la protección de los derechos sustanciales.

En ese sentido empieza a tener un papel protagónico en el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de la tutela judicial efectiva, entendida como principio procesal, derecho

fundamental y como una obligación del Estado frente a sus ciudadanos al ser la justicia uno de los pilares de la Constitución de 1991.

Como principio procesal, la tutela judicial efectiva tiene las siguientes características: a) es una competencia permanente y ordinaria, b) es una función pública estatal de naturaleza esencial, c) se puede acudir libremente a ella, (d) pero una vez se acude ante la administración de justicia, existe la obligación de dar una sentencia motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes del Derecho, y (e) se predica antes y durante el proceso; aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el juez contencioso administrativo en el ejercicio de su función para poder ser verdaderamente el garante de derechos sustanciales de las partes.

También entiende la doctrina y la jurisprudencia que la tutela judicial debe ser considerada como un derecho fundamental, integrada por los siguientes componentes: a) el derecho de acceso a la administración de justicia, b) el debido proceso y, (c) la efectividad de la sentencia. Respecto del primero, la Corte Constitucional manifiesta que el acceso a la administración de justicia se constituye para el individuo en una necesidad inherente a su condición y naturaleza, sin el cual, las personas y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad.

Respecto del componente del debido proceso, se analizó desde dos perspectivas: la primera hace referencia a la esfera del juez y el poder del que está investido para administrar justicia, mientras que la segunda se encuentra relacionada con la posibilidad de las partes para que se les garantice un conjunto de condiciones esenciales durante el proceso, con el propósito de evitar actos arbitrarios a través de la limitación de la potestad punitiva o jurisdiccional que se le atribuye al Estado.

Dentro de los elementos que integran al debido proceso como componente de la tutela judicial efectiva, se encuentran: a) su aplicación a todas las actuaciones judiciales y administrativas; b) la necesidad de una ley anterior a la conducta que se imputa; c) el principio del juez natural; d) el principio de legalidad; e) el principio de presunción de inocencia; f) el principio de contradicción; g) el principio *non bis in ídem*; y (g) la doble instancia por mencionar algunos.

Empero, la Corte Constitucional también afirma que la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano de la tutela judicial efectiva como derecho, que comprende no solo la garantía de acceder a la administración de justicia, sino también la obligación correlativa de las autoridades judiciales de promover e impulsar todas las condiciones que sean necesarias para que el uso de los particulares de dicho servicio público sea real y efectivo, con lo cual se deben descartar las actuaciones y órdenes que no logren tal finalidad.

Se entiende por lo tanto que la garantía de este derecho, involucra la necesidad de que los jueces apliquen el principio *pro actione*, para que se concrete un avance significativo en la protección de los derechos de las personas.

Por último, el alto tribunal constitucional ha explicado que la tutela judicial efectiva no involucra solamente la posibilidad de formular determinada controversia jurídica ni que la misma sea resuelta, sino que se materialice determinado derecho fundamental, implicando además, que la decisión judicial se acate plenamente, es decir, que su cumplimiento sea inmediato.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 138, consagra la nulidad y restablecimiento del derecho como un medio de control cuyo objetivo es corregir y así controlar la ilegalidad en que pueda incurrir la administración pública al proferir sus actos administrativos; es decir, cuando se lesione un

derecho de carácter subjetivo amparado por la Constitución y la ley, la persona afectada puede ejercer este medio de control para solicitar la anulación del acto administrativo y también pedir que se restablezca el derecho vulnerado en la misma sentencia.

Es así que las causales de nulidad son consideradas como formas de violación de una norma superior de derecho, pudiendo ser disposiciones contenidas en la Constitución, las leyes (en cualquiera de sus presentaciones) y la jurisprudencia. Sin embargo, con la constitucionalización del derecho administrativo, se ha generado que el juez de la jurisdicción contenciosa administrativa tenga el deber de actuar como juez constitucional que propenda por la defensa de los derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Particularmente, cuando conoce del medio de control estudiado, actúa como un juez constitucional difuso en materia administrativa, generándose así un verdadero control en la administración frente a los actos que ella misma emite, ya que con la sentencia se espera que los jueces no se limiten a realizar un mero control de legalidad, sino que también examinen el acto demandado a la luz de la Constitución para que puedan ordenar el restablecimiento o reparación del derecho sustancial quebrantado.

Actualmente, bajo la expedición de la Ley 1437 de 2011 y posteriormente, con la expedición también de la Ley 1564 de 2012, se ha buscado fortalecer la tutela judicial efectiva dentro de la administración de justicia, sobre todo cuando se acude ante esta jurisdicción con el propósito de evitar que la administración pública desconozca los derechos del ciudadano.

Por ello se afirma que el actual Código fundamenta el marco de acción del juez en los sistemas de administración de justicia dispositivo e inquisitivo, es decir, que el actual proceso contencioso administrativo se encuentra fundamentado en un sistema mixto.

Entendiendo entonces que la justicia administrativa es rogada, la regla general es que el principio *iura novit curia* no se aplique, pero gracias al cambio de jurisprudencia y al redefinir el rol del juez como un sujeto procesal más activo y menos indolente, ha permitido una evolución en la función del juez como garante de los derechos fundamentales, particularmente el derecho que tiene toda persona que acude a la administración de justicia para tener certeza que sus conflictos serán resueltos de fondo.

Es por esto que el actual Código, en virtud del principio *iura novit curia* y con el fin de dar prelación al derecho sustancial sobre las formas procesales, el juez se encuentra facultado para que de manera oficiosa: a) admita la demanda a pesar que se haya presentado bajo el medio de control erróneo (art. 171), debiendo corregirla y direccionarla hacia el medio de control correspondiente; b) sanee el proceso; c) conforme debidamente los Litis consorcios; d) estudie y declare cualquier excepción previa pese a que esta no haya sido propuesta por la parte demandada; e) al momento de realizar la fijación del litigio, definir que determinados aspectos no requieren debate probatorio ya sea porque no tienen incidencia dentro del debate jurídico o porque las partes se encuentran de acuerdo sobre algunos aspectos; f) decretar la práctica de pruebas.

Respecto de las medidas cautelares y la aplicación del principio *iura novit curia*, en pronunciamiento recientes, el Consejo de Estado ha sido claro en manifestar que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede decretarlas de oficio únicamente cuando se busca salvaguardar derechos e intereses colectivos.

Cuando se solicita suspensión provisional de un acto administrativo como medida cautelar de urgencia, es procedente si se cumplen los requisitos del art. 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debiéndose evidenciar que de

no decretarse se generaría un perjuicio irremediable para el demandante y/o la sentencia le resultaría inocua; teniendo como particularidad este tipo de medida cautelar, que el juez está habilitado para decretarla de acuerdo a su sana crítica, puesto que la ley le permite tomar esta decisión sin escuchar las consideraciones de la contraparte.

En cuanto a la sentencia, definir la aplicación de las facultades oficiosas del juez no ha sido tan sencillo, ya que en el Consejo de Estado al discutir la legalidad de actos administrativos, se ha sosteniendo que no es posible la aplicación del principio *iura novit curia* pues estas acciones buscan confrontar los actos administrativos con la legislación, lo cuales gozan de presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien la alega, fundándose en normas específicas y concretas con el objetivo de garantizarle a la entidad demandada el ejercicio adecuado de su derecho de defensa.

Posición contraria tiene la doctrina al afirmar que existen ciertas excepciones a la regla general de no aplicar las facultades o poderes oficiosos del juez, las cuales son: a) cuando advierta que estos afectan o ponen en riesgo un derecho fundamental de aplicación inmediata; b) cuando los efectos de un acto amenacen o pongan en riesgo un derecho fundamental; c) cuando el acto administrativo sea contrario a la Constitución o al bloque de constitucionalidad, y; d) cuando se advierta el vicio de la incompetencia, así alguna de estas causales no hayan sido propuestas por el demandante, ya que todas pueden afectar la validez del acto administrativo.

Para propiciar el debate jurídico, es importante señalar que si el objeto de la controversia a partir de lo demandado en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho encarna la vulneración de un derecho fundamental, independientemente de que el demandante así lo haya señalado, basta con que el juez de lo contencioso administrativo lo advierta para que se encuentre facultado y obligado a ejercer los mismos poderes oficiosos que contempla el art.

135 del CPACA para resolver la Litis; es decir que su decisión no estaría limitada a lo planteado en el concepto de violación del escrito de la demanda.

Esta postura del autor del presente trabajo, dista de lo expuesto por la doctrina en el sentido de no encontrar necesario la existencia de un régimen excepcional para aplicar el principio *iura novit curia*, pues basta con hacer una lectura de integral entre el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con la Constitución Política, en el entendido que todo juez de la república debe comportarse como garante de los derechos fundamentales de las partes.

A partir del estudio realizado en la Ley 1437 de 2011 sobre las facultades oficiosas del juez dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se denotó la necesidad para el autor de este trabajo, de realizar una reforma al actual Código consistente en otorgar la competencia a los Tribunales Administrativo de ordenar la suspensión de los procesos de nulidad y restablecimiento de primera instancia que se hayan iniciado con ocasión de un acto de un acto administrativo de carácter general que presuntamente ocasione la vulneración masiva de derechos sustanciales de la ciudadanía.

Esta suspensión se haría con el objetivo de permitirle a los jueces colegiados estudiar y decidir la legalidad de los actos administrativos de carácter general demandados masivamente a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; logrando con ello decisiones unificadas, ya que el sustento de la legalidad del acto administrativo de carácter particular y el posterior restablecimiento del derecho, dependen directamente del estudio y decisión de legalidad del acto administrativo de carácter general.

Ya entrando en materia, respecto del comportamiento adoptado por los jueces contencioso administrativos en torno a la defensa de los derechos fundamentales y como

garantes de la materialización de la tutela judicial efectiva, se hacen unas consideraciones finales en torno a los análisis jurisprudenciales realizados a las sentencias de segunda proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander durante el año 2016 en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como se pudo ver, esta Corporación hace uso de los poderes o facultades oficiosas que le provee la ley procesal vigente para ordenar medidas de restablecimiento del derecho orientadas a la reparación integral del ciudadano que fue sujeto a la aplicación de un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico, o incluso, procura por no dejar al ciudadano que acude ante la administración de justicia en una situación más gravosa a aquella en la cual se encontraba antes de interponer la demanda.

Este comportamiento demuestra que a pesar de existir fuertes restricciones por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación de los poderes oficiosos en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, con el fin de proteger la presunción de legalidad de la cual gozan, ello no impide su aplicación en el restablecimiento del derecho en virtud del principio de reparación integral.

También se observó que el Tribunal Administrativo de Santander utilizó sus facultades oficiosas para aplicar el fenómeno jurídico de la prescripción, lo que permite ver que tiene una actitud garante del ordenamiento jurídico y con los derechos de la parte demandada, puesto que si obligara a las entidades accionadas a pagar a los demandantes sumas de dinero a las cuales no tiene derecho por encontrarse prescritas, estaría afectando de manera gravosa e injustificada el presupuesto público.

Se puede decir entonces, que el Tribunal Administrativo de Santander hace uso de sus poderes oficiosos para garantizar en igual medida los derechos sustanciales de ambas partes,

tanto del ciudadano en calidad de demandante y de las entidades públicas que acuden a los estrados judiciales en calidad de demandados.

Sin embargo, como también se pudo ver, la implementación de tales poderes oficiosos no se realiza de forma frecuente, ello porque la norma y el precedente en la mayoría de los casos fueron suficientes para valorar los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en la sentencia recurrida, además que un número muy bajo de sentencias tuvieron que ser revocadas, lo que demuestra que el juez de primera también se encuentran en consonancia y comprometido en la defensa y garantía de los derechos de las partes.

En resumen, con base en las sentencias revisadas se puede decir que el Tribunal Administrativo de Santander si protege de manera efectiva el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, pues busca a toda costa impartir sentencias que resuelvan el litigio desde el aspecto sustancial garantizando los derechos de las partes, y para ello en ocasiones tiene que hacer uso de los poderes oficiosos que la norma constitucional y procesal administrativa le confiere.

Lo dicho deja ver que la protección efectiva del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva de la cual se está haciendo alusión, está referida al segundo componente de este derecho, es decir al componente del debido proceso en el cual yace el respeto a las garantías procesales de las partes y el derecho que tienen de obtener una sentencia de fondo.

Esto es así por dos razones, la primera es porque la efectividad de la sentencia como tercer componente de la tutela judicial efectiva no se encuentra en cabeza ni del Tribunal Administrativo de Santander ni de ningún juez contencioso administrativo del país, ello porque el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le otorga un

término de diez meses a un año (dependiendo del tipo de condena) a las entidades demandadas para cumplir con las obligaciones dinerarias que son impuestas a través de una sentencia judicial.

La segunda razón por la cual las sentencias de segunda instancia del Tribunal solo permiten revisar la protección efectiva del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en su componente del debido proceso, es porque en esta etapa del proceso ya se da por sentado que las partes tuvieron acceso a la administración de justicia, además que resulta más provechoso entender el proceder de los jueces colegiados en torno a la protección de los derechos sustanciales de las partes que pueden estar fuertemente ligados con los derechos fundamentales.

Cuando el juez administrativo garantiza el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, en especial, que se cumpla con el debido proceso con todo lo que ello implica, supone un efectivo control de la arbitrariedad y violación de derechos fundamentales a los que se ve sometido el ciudadano por parte de la administración pública cuando emiten actos administrativos contrarios a derecho.

En síntesis de todo lo dicho, a consideración del autor de este trabajo, los jueces contencioso administrativos deben asumir su función de administrar justicia de forma dinámica dentro del proceso judicial, haciendo uso de sus poderes o facultades oficiosas con el fin de lograr que la verdad formal sea consecuente con la verdad material, sin que ello implique un favorecimiento a los intereses de alguna de las partes.

En la medida que los jueces contencioso administrativos no comprendan que su función dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento es la que más se asimila dentro del ordenamiento jurídico a la función del juez de tutela, por estar realizando un control de constitucionalidad difuso al hacer el control de legalidad de los actos administrativos

demandados, resulta muy complicado superar el formalismo desmedido que ha imperado en los sistemas procesales colombianos.

Sin embargo, por el estudio doctrinal, legal, jurisprudencial y de casos realizados, puede el autor de este trabajo decir con tranquilidad que existen avances importantes en torno a la superación de la aplicación de aquel aforismo “el juez es la boca de la ley” (Mostesquieu, 1748), y se ha convertido en un creador de Derecho, que a través de sus fallos modifica el ordenamiento jurídico, controlando las actuaciones de la administración pública, e impactando las vidas de los ciudadanos que acuden ante él al proteger sus derechos sustanciales y garantizando la materialización del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

Referencias

- Abrisketa, J. (2005). *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*. Madrid: Editorial Gipuzkoa.
- Aguilar, G. y Contreras, C. (2007). El efecto horizontal de los Derechos Humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Ius et Praxis*, 13(1), p.p. 205 - 243. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100008 Recuperado: 18 de febrero de 2015.
- Aguirre, Pabón & García. (2009). Demostración – Argumentación: caso de debate entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombianas. *Vniversitas*, (No. 119, julio – diciembre de 2009), p.p. 137 – 160.
- Alexei, J. (2001). *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22 (núm. 66, septiembre - diciembre de 2002), p.p.13-64. Disponible en: <http://epp.di.unito.it/index.php/epp/article/viewFile/85/68> Recuperado 18 de febrero de 2015.
- Alvarado, A. (2006). El debido proceso. En: Zorzoli, Ó. (Edit.). *El debido proceso*, p.p. 547-561. Buenos Aires: EDIAR.
- Álvarez E. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. 1, 3a ed., Tecnos, (p. 159). Madrid.
- Arango, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente*, (diciembre), p.p. 79 - 102. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf> Recuperado: 15 de febrero de 2015.

- Arango, R. (2003). La jurisdicción social de la tutela. La protección judicial de los derechos sociales. En: Courtis, C. y Ávila, R. *La protección judicial de los derechos humanos*. Bogotá: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Araújo, R. (2011) Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011), p.p. 247 – 291. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918009.pdf> Recuperado: 4 de octubre de 2016
- Arboleda, J. (2012) “Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”. (p. 365) Editorial: Legis 2012.
- Asís, R. (2000). La paradoja de los derechos fundamentales como límites al poder. Madrid: Dykinson.
- Barrero, M. & García, L. (2013). El Régimen Probatorio en el nuevo Procedimiento Administrativo. Tesis de grado. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D.C, Colombia. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11210/1/BarreroMendozaMarlaMilen2013.pdf> Recuperado: 21 de septiembre de 2016.
- Bastidas, N. (2013). La mala práctica médica y los Derechos Humanos. *Revista Razón y Palabra*, (81). Disponible en: http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf Recuperado: 18 de febrero de 2015.
- Berraondo, M. (2004). Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección. Guipúzcoa: Editorial Alberdania.

- Berrocal, L. 2016. Manual del Acto Administrativo. Según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina. Séptima Edición, actualizada con las Leyes 1755 y 1757 de 2015 y el Acto Legislativo 2 de 2015. Editorial ABC. Bogotá, D.C., Colombia.
- Böckenförde, E. (2000). Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Madrid, Trotta, 2000, p.p. 159 - 180.
- Bohórquez, V. (2013). El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/43174128-5a6c-4fa4-b504-6b586ebd1d4d/El+iura+novit+curia+en+la+aplicacion+del+derecho+en+la+decision+judicial.pdf?MOD=AJPERES> Recuperado: 31 de agosto de 2016.
- Bovero, M. (2002). Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía*, (16), p.p. 21 - 38.
- Carey, G. (2009). La separación de poderes en los Estados Unidos de Norteamérica: pasado y presente. *Fundamentos*, (5), p.p. 121-165.
- Carpio, E. (2005). Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (No. 4.), p.p. 79 - 114. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530938> Recuperado: 19 de febrero de 2015
- Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (vol. V. N°27.), p.p. 72 - 94. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188005.pdf> Recuperado: 19 de febrero de 2015.
- Carvajal, J. (2002). La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia. *El Otro Derecho*, (28), p.p. 171 - 191. Disponible en:

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-08.pdf> Recuperado: 18 de febrero de 2015.

Casal, J. (1998). Los Derechos Humanos y su protección: Estudios Sobre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Cianciardo, J. (2000). El conflictivismo en los derechos fundamentales. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra. Disponible en: <file:///C:/Users/Angela/Downloads/Dialnet-ElConflictivismoEnLosDerechosFundamentalesJuanCian-2650284.pdf> Recuperado: 18 de febrero de 2015.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B. (Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve; 17 de febrero 2011).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B. Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00488-00 (2221-16). (Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto; 02/05/2017). Disponible en: <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml> Recuperado: 20 de septiembre de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00747-01. (Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Fallo de tutela de segunda instancia; 12/02/2015). Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/11001031500020140074701.pdf> Recuperado: 27 de septiembre de 2016.

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente: 22199 (C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia; 29/01/2016). Disponible en:

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/legal/litigios/abril%202016/1/C.E.%20Expediente%20No.%2022199.pdf> Recuperado: 25/08/2016.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Expediente: 16306 (C. P. Hernán Andrade Rincón; 10/02/2011). Disponible en: https://www.google.com.co/webhp?ei=dHE4WJ3YAcipmwGY2bfoAg&ved=0EKkuCAYoAQ&gws_rd=cr#q=argumentos+para+apelar+una+sentencia+de+primera+instancia+en+administrativo Recuperado: 30 de enero de 2017.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente: 32578. (Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; 19/07/2006).

Consejo Superior de la Judicatura (2011). Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, *Plan Sectorial de Desarrollo – rama judicial. Bogotá 2014*. Disponible en: <https://disajcucuta.files.wordpress.com/2015/09/1-plan-sectorial-de-desarrollo-rama-judicial-2015-2018.pdf> Recuperado: 15 de octubre de 2016.

Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Artículo 25. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm recuperado 14 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P. Ciro Angarita Barón. Sentencia T - 406 de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm> Recuperado: 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein. Sentencia T - 572 de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-572-92.htm> Recuperado: 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T - 554 de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-554-92.htm> Recuperado: 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P. José Gregorio Hernández. Sentencia C - 543 de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-543-92.htm> Recuperado: 10 de diciembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-134 de 1994. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-134-94.htm> Recuperado el 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia T - 396 de 1993. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-396-93.htm> Recuperado: 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P.: Alejandro Martínez Caballero Sentencia C - 690 de 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-690-96.htm> Recuperado: 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C - 163 de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-163-99.htm> Recuperado: 16 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C - 878 de 2005. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-878-05.htm> Recuperado:
20 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C - 197 de 1999. Disponible
en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/C-197-99.htm>
Recuperado: 3 de agosto de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Dr. Alberto Rojas Ríos. Sentencia C - 180 de 2014. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-180-14.htm> Recuperado:
27 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia T - 476 de 1998. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-476-98.htm> Recuperado: 27 de
septiembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T - 226 de 2016.
Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-226-16.htm>
Recuperado: 14 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T - 851 de 2010.
Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-851-10.htm>
Recuperado: 3 de agosto 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C - 454 de 2006. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-454-06.htm> Recuperado:
27 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C - 279 de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-279-13.htm>

Recuperado: 27 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T - 134 de 2012. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-134-12.htm> Recuperado: 16 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T - 464 de 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-464-11.HTM> Recuperado: 30 de enero 2017

Corte Constitucional. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T - 339 de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-339-15.htm> Recuperado: 27 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T - 001 de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-001-92.htm> Recuperado: 20 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T - 329 de 1994. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-329-94.htm> Recuperado: 14 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Mauricio Gómez Cuervo. Sentencia T - 367 de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-367-14.htm> Recuperado: 14 de noviembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C - 426 de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=7394> Recuperado: 27 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C - 037 de 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1996/C-037-96.htm> Recuperado: 27 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. Sala Plana. M.P.: Mauricio Gonzales Cuervo. Sentencia C - 401 de 2013. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-401-13.htm> Recuperado: 21 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Carlos Gaviria Muños. Sentencia C - 318 de 1998 del 30 de junio. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-318-98.htm> Recuperado: 4 de octubre de 2016.

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C - 086 de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-086-16.htm> Recuperado: 20 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia SU - 768 de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/SU768-14.htm> Recuperado: 20 de septiembre de 2016.

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia SU - 198 de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU198-13.htm> Recuperado: 11 de diciembre de 2016.

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T - 247 de 2007.

Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-247-07.htm>

Recuperado: 4 de octubre de 2016.

De Sousa, B. (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El Otro*

Derecho, (28), p.p. 59 - 83. Disponible en:

<http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/login/index.php> Recuperado: 18 de febrero de

2015. [https://democraciayterritorio.wordpress.com/2008/08/09/hacia-una-concepcion-](https://democraciayterritorio.wordpress.com/2008/08/09/hacia-una-concepcion-multicultural-de-los-derechos-humanos/)

[multicultural-de-los-derechos-humanos/](https://democraciayterritorio.wordpress.com/2008/08/09/hacia-una-concepcion-multicultural-de-los-derechos-humanos/) recuperado 11 de febrero de 2017.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de

promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales

universalmente reconocidos (1998, 9 de diciembre). Resolución 53/144 del 9 de

diciembre de 1998. Disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf

recuperado 17 de febrero de 2015.

Decreto 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86

de la Constitución Política. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.

Disponible en:

[https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+2591+DE+199](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+2591+DE+1991+PDF.pdf/e4a26659-ed3f-4d78-a300-233b0974e298?version=1.1)

[1+PDF.pdf/e4a26659-ed3f-4d78-a300-233b0974e298?version=1.1](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+2591+DE+1991+PDF.pdf/e4a26659-ed3f-4d78-a300-233b0974e298?version=1.1) recuperado el 15 de

febrero de 2015.

Descalzo, A. (2011). La noción de derecho administrativo en España: algunas cuestiones de

reciente actualidad. Universidad externado de Colombia. Bogotá-Colombia.

- Esparza, B. (2013). Derechos fundamentales. Jurisprudencia constitucional penal. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Estrada, S. (2006). Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. Medellín: Universidad de Medellín. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000100013
Recuperado: 19 febrero de 2015
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, (15), p.p. 113 - 136.
- Ferrajoli, L. (2008). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. En: Ferrajoli, L., Moreso, J. y Atienza, M. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (p.p. 71 - 116). México: Fontamara.
- Ferreres, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa*, (23), p.p. 29 - 48.
- Galvis, E., González, M. y Vera, P. (2011). Tecnologías de información para acercar al ciudadano a los servicios de justicia en Colombia: el caso del Mapa de Oferta de Justicia. *Ciencia e Ingeniería Neogranadina*, 21 (2), p.p. 131 - 151.
- Ganten, T. (2000). *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. Berlín: Duncker und Humblot.
- García de Enterría (1999). Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo a finales del siglo XX. *Una visión histórica y comparatista. Pensamiento Constitucional*, año 7, No. VII. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28187543_Contencioso-administrativo_objetivo_y_contencioso-administrativo_subjetivo_a_finales_del_siglo_XX_Una_vision_historica_y_comparatista

/fulltext/57bdacbc08ae8021e046a964/28187543_Contencioso-administrativo_objetivo_y_contencioso-administrativo_subjetivo_a_finales_del_siglo_XX_Una_vision_historica_y_comparatista.pdf?inViewer=0pdfJsDownload=0origin=publication_detail Recuperado: 12 de julio de 2017

García, J. (2000). Del principio de la división de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, (108), p.p. 41 - 75.

García, P. (2003). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). *Pensamiento Constitucional*, (9), p.p. 25 - 43.

Gil, E (2014). La Constitucionalización del Derecho de Daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá- Colombia: Editorial TEMIS S.A.

González, F. y Posada, C. (2001). Criminalidad, violencia y gasto público en defensa, justicia y seguridad en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, (4), p.p. 78 - 102.

Gregorio, C. (2003). Transparencia en la administración de justicia y acceso a la información judicial. *Revista Mexicana de Justicia*, (2), p.p. 113 - 136. Disponible: <https://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/2/aij/aij8.pdf> Recuperado: 17 de febrero de 2015.

Güechá, C. 2014. Derecho procesal administrativo. Origen de la acción o pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho. Tercera edición. Edit. Ibáñez. Disponible en: <http://publicaciones.ustatunja.edu.co/ebook/procesal/HTML/files/assets/common/downloads/publication.pdf> Recuperado: 24 de junio de 2016.

- Guerrero, L. (2012). Efecto del Gasto en Justicia en la Criminalidad colombiana durante el siglo XX. Tesis de Maestría en Políticas Públicas, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.
- Hernández, A. (2001). La administración de justicia. *Revista de Derecho*, 2 (16), p.p. 122 - 143.
- Iriarte, G. (2005). El debido proceso. *Vniversitas*, (110), p.p. 491 - 510.
- Jares, X. (1998). Educación y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Bakeaz.
- Jimenez, A (2005). El Constitucionalismo: Proceso de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional (3ª ED.) Marcial Pons.
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. Diario Oficial N°47.956. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249> Recuperado 27 de junio de 2016.
- Ley 1564 de 2012. Por la cual se expide el Código General de Proceso. 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.489. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html recuperado 27 de septiembre de 2016.
- Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745 de 15 de marzo de 1996. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6548> Recuperado 15 de febrero de 2015.
- López, D. (2009). Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Capítulo 6, constitucionalización y judicialización del derecho.

- Recepción de teorías en el último cuarto del siglo XX, p.p. 399 - 459. Legis Editores. Colombia – Bogotá.
- Machicado, J. (2010). *El debido proceso penal*. La Paz: Apuntes Jurídicos.
- Malagón, M. (2007). El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del XX. *Estudio socio jurídico, Vol. 9, p.p. 154 -165*. Universidad del Rosario. Colombia-Bogotá. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/334> Recuperado: 12 de julio de 2017.
- Malagón, M. (2007). Vivir en policía. Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano. Universidad Externado de Colombia. Colombia-Bogotá.
- Monroy, M Colombia (2002) La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr3.pdf> Recuperado: 20 de febrero de 2015
- Montaña, A. & Ospina, A. (2014). La constitucionalización del derecho Administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. Segunda parte, el proceso de constitucionalización del derecho administrativo: más allá que las bases. Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo, Cassese, S. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia.
- Montaña, A. & Ospina, A. (2014). La constitucionalización del derecho Administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. Segunda parte, el proceso de constitucionalización del derecho administrativo: más allá que las bases. A. los

instrumentos de la constitucionalización. La tutela frente a actos administrativos y frente a contratos. Ibagón, M. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia.

Montaña, A. & Ospina, A. (2014). La constitucionalización del derecho Administrativo. XV jornadas internacionales de derecho administrativo. Segunda parte, el proceso de constitucionalización del derecho administrativo: más allá que las bases. A. los instrumentos de la constitucionalización. La anulación de los actos administrativos por razones de inconstitucionalidad. II. Medios de control a través de los cuales se hace efectivo el control de constitucionalidad que de conformidad con la normatividad comentada corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa. B. nulidad y restablecimiento del derecho. Sarria, Universidad de externado, Bogotá-Colombia.

Nava, J. (2012). Doctrina y filosofía de los Derechos Humanos: definición, principios, características y clasificaciones. *Razón y Palabra*, (81). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199524700001> Recuperado: 20 de febrero de 2015.

Nikken, P. (1997). Sobre el concepto de Derechos Humanos. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Edit.). *Seminario sobre Derechos Humanos (p.p. 17-32)*. San José de Costa Rica: IIDH.

Nisimblat, N. (2016). Medios de Prueba en Particular Unidad Temática I las Etapas Probatorias. Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://www.google.es/search?sclient=psy-ab&site=&source=hp&q=MEDIOS+DE+PRUEBA+EN+PARTICULAR+UNIDAD+TEMÁTICA+I+LAS+ETAPAS+PROBATORIAS&oq=MEDIOS+DE+PRUEBA+EN+PARTICULAR+UNIDAD+TEMÁTICA+I+LAS+ETAPAS+PROBATORIA>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

Artículo 2. Disponible en:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> recuperado 14 de noviembre de 2016.

Parra, J. (2009). Capítulo I. Principios Generales de la Prueba Judicial. Manual de Derecho Probatorio. (p. p. 5 - 118). Bogotá D.C. – Colombia. Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Parra, Q. (s.f.). Razonamiento Judicial en Materia Probatoria. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (acervo de la biblioteca jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM), p.p. 45 – 58. Disponible en:
<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/7.pdf> Recuperado: 8 de octubre de 2016.

Penagos, G. 2011. El Acto Administrativo. Capitulo XLI, NULIDADES DEL Acto Administrativo y medios de control. Tomo II, parte especial nuevas tendencias. Novena edición. Edit. Doctrina y ley LTDA, Bogotá D.C. Colombia.

Pérez, A. (2007). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos.

Posner, R. 2011. Como Deciden los Jueces, Filosofía y Derecho. Traductor: Roca,V. Edt: Marcial Pons, Madrid, Ediciones jurídicas y sociales, S.A. 2011. How Judges Think, Harvard University Press, 2008 by the President and Fellows of Havard collage.

Prieto, C. (2003). El proceso y el debido proceso. *Vniversitas*, (106), p.p. 811 - 823. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510622.pdf> Recuperado: 15 de febrero de 2015.

Quinche, M. (2015).la acción de tutela, el amparo en Colombia. Segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia.

- Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia. *Revista Cuestiones Constitucionales*, (11), p.p. 157-175.
- Ramos, J. y Garrido, D. (1996). Gasto estatal y administración de justicia en Colombia. *Borradores Semanales de Economía*, (45), p.p. 1-18.
- Rawls, J. (2003). Justicia como equidad. *Revista Española de Control Externo*, 5 (13), p.p. 129 - 158.
- Restrepo, E. (2002). Reforma Constitucional y Progreso Social: La constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia. *Papers*, (14).
- Rey, E. (1997). *Celebración y Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Rodríguez, L. 2015. Derecho administrativo general colombiano. Capítulo III, el control de la legalidad. Decimonovena edición. Edit. Temis, Bogotá D.C. Colombia.
- Ruiz, J (s.f.).Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del tribunal constitucional. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc20022014-160205.pdf Recuperado: 16 de noviembre de 2016
- Sánchez, A. 2013. *Iura novit curia* y Justicia Rogada. Definición de los poderes del juez según el tipo de litigio, Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995, expediente n°. S-123. Andrés Fernando Ospina Garzón. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. (p.p. 337 - 359). Edit.: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., Colombia.
- Santofimio, J. 2004. Tratado de derecho administrativo. El Contencioso Subjetivo de Constitucionalidad y Legalidad mixto. Tomo III, universidad externado de Colombia. Bogotá D.C. Colombia.

Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. México: Penagos.

Solozábal, J. (2001). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales.

Revista de Estudios Políticos, (71), p.p. 93 - 94. Disponible en:
file:///C:/Users/Angela/Downloads/Dialnet-

AlgunasCuestionesBasicasDeLaTeoriaDeLosDerechosFun-27093.pdf Recuperado: 18 de febrero de 2015.

Suárez, W. (2014). El rol del juez en el Estado constitucional. *Iustitia*, N° 12. (ISSN: 1692-9403

enero-diciembre de 2014). p.p. 103 - 120. Disponible en:
<http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/viewFile/1492/1173>

Recuperado: 9 de noviembre de 2016.

Tribunal Administrativo de Santander Sala de Conjueces. M.P.: José Luis Arias Rey. Radicado:

2010-00046-01 del 08 de febrero de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander, M. P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2012-

00216-02 del 8 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P. Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2013-

00368-01 del 22 de julio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2014-

00239-01 del 5 de enero de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2012-00302-01 del marzo 10 de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2014-00362-01 del 10 de marzo de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2013-165-01 del 13 de junio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2014-00161-01 del 21 de junio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2014-00742-01 del 12 de agosto de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2014-00154-01 del 30 de agosto de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2012-00215-01 del septiembre 27 de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Radicado: 2013-00341-01 del noviembre 13 de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal administrativo de Santander. M. P.: Julio Edison Ramos Salazar. Radicado: 2002-1317-00 del 16 de julio de 2009. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Julio Edison Ramos Salazar. Radicado: 2014-00033-01 del 6 de mayo de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Mauricio Enrique Rodríguez Delgado. Radicado: 2010-00 217-01 del 8 de febrero de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Mauricio Enrique Rodríguez Delgado. Radicado: 2010-00256-01 del 6 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2014-00474-01 del 28 de julio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2013-00481-01 del 30 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2014-00152-01 del 30 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Rafael Gutiérrez Solano. Radicado: 2013 –00300-01 del 14 de julio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Rafael Gutiérrez Solano. Radicado: 2012-00248-01 del 29 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Solange Blanco Villamizar. Radicado: 2002-02559-01 del 14 de mayo de 2009. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Solange Blanco Villamizar. Radicado: 2002-02559-01 del 05 de noviembre de 2009. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Solange Blanco Villamizar. Radicado: 2012-00254-01 del 22 de julio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M. P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2013-0055-01 del 25 de febrero de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Julio Edisson Ramos Salazar. Radicado: 2012-00304-01 del 8 de agosto de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2014-00238-01 del 15 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Milciades Rodríguez Quintero. Radicado: 2014-00258-01 del 22 de septiembre de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Radicado: 2012-00193-01 del 7 de junio de 2016. Recuperado en la Relatoría del Tribunal Administrativo de Santander.

Uprimmy, R. (2002). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: Valencia, A. (Edit.). Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional (p.p. 99 - 133). Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Disponible en:

http://www.academia.edu/7827044/EL_BLOQUE_DE_CONSTITUCIONALIDAD_EN_COLOMBIA._Un_an%C3%A1lisis_jurisprudencial_y_un_ensayo_de_sistematizaci%C3%B3n_doctrinal Recuperado: 19 de febrero de 2015

Uprimny, R. (2000). ¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos? *Pensamiento Jurídico*, (18).

- Urzúa, R. (2005). Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*. *Tesis presentada para optar título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile.
- Valencia, H. (1997). Los Derechos Humanos. Madrid: Editorial Acento.
- Vedel, G. (1954). Les bases constitutionnelles du droit administratif, en pages de doctrine, parís, LGDF, 1980, II vol. 129.
- Young, I. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Ediciones Cátedra: Universitat de Valencia, instituto de la mujer. Traducido en 2000 por: Álvarez Silvina. Título original de la obra: Justice and the Politics of Difference. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=8saLZGyeI6sC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Recuperado: 18 de febrero de 2015.