

**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA RESPECTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL  
MEDIO DE CONTROL NULIDAD ELECTORAL**

**CARLOS CASTELLANOS PINILLA**

**MONOGRAFÍA ELABORADA PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAESTRÍA  
EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS**

**SECCIONAL TUNJA**

**2019**

## **Tabla de Contenido**

### **INTRODUCCIÓN.**

#### **CAPITULO I. EL CONTEXTO HISTÓRICO Y LA GÉNESIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN ELECTORAL.**

1.1. Derecho electoral y medidas cautelares frente al decreto 01 de 1984.

1.2 Concepto y características de la acción de nulidad electoral vistos desde el Código Contencioso Administrativo.

1.3 Procedencia del decreto de suspensión provisional del acto administrativo electoral por parte del Juez Contencioso Administrativo a la luz del Decreto 01 de 1984.

1.4 Eficacia de la acción de nulidad electoral dentro de los conceptos de justicia y bien común en el Código Contencioso Administrativo.

#### **CAPITULO II. EL NUEVO RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL A PARTIR DE LA LEY 1437 DE 2011.**

2.1 Tutela efectiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en la nulidad electoral.

2.2 Facultades al Juez Contencioso administrativo para la procedencia del decreto de medidas cautelares que suspenden el acto administrativo frente a la ley 1437 de 2011.

2.3 Crítica y Aporte a la Solicitud de Suspensión Provisional

2.4 Conclusiones

### **REFERENCIAS**

## INTRODUCCIÓN.

Frente a los procesos electorales y las vicisitudes que de allí surgen, es requisito “sine qua non” verificar los antecedentes en nuestro país de todas aquellas etapas y momentos tanto en el cambio de pensamiento en el ámbito constitucional con la entrada de la carta magna de 1991, así como todas las implicaciones de tipo normativo y jurisprudencial que generaron cambios en la mecánica electoral, hasta construir un entramado de instituciones que dirigen, vigilan, regulan, investigan y juzgan dichos procesos y que son la base de nuestra democracia hoy por hoy junto con los principios constitucionales que a lo largo de estos años se han venido desarrollando con el único fin de lograr el estado social de derecho que garantice un catálogo de derechos que busque la igualdad, el bien común y la justicia, entre otros.

De conformidad con los fines del estado establecidos en precedencia, que es la base de nuestro sistema político, es claro mencionar que uno de los mecanismos de participación ciudadana, en donde todos y cada uno de los ciudadanos pueden intervenir en las decisiones que traen consigo implicaciones de tipo político, económico, social que revisten una gran importancia y generan un impacto directo en la calidad de vida de los colombianos, es el ejercicio del derecho al voto popular o el sufragio.

En el mismo sentido, la Constitución política trajo consigo la organización del sistema electoral colombiano y de sus autoridades electorales conformadas por el Consejo nacional electoral encargado de la inspección y vigilancia de todos los procesos electorales y, la Registraduría nacional del Estado Civil como institución delegada para dirigir, organizar y llevar a cabo los procesos electorales, en especial el escrutinio de los votos que cada ciudadano deposita en las urnas para elegir a sus representantes o líderes políticos.

Aunado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico también tenemos un catálogo de principios jurídicos, contenidos en la constitución, las normas y la jurisprudencia, que son los que mantienen la armonía entre los hechos y el deber ser del debido proceso y la protección real y efectiva de los derechos fundamentales en cuanto a los procesos electorales.

Ahora bien, dicho sistema electoral colombiano tiene entre tantas, una función vital, que es el motivo fundamental del presente asunto, y recae sobre la base de que cuando se realizan las elecciones a través del ejercicio del voto popular, posterior a la misma, la administración, es decir, las entidades del estado que hacen parte de dicho sistema, se pronuncian o manifiestan sus decisiones y las transmiten a la sociedad a través de actos administrativos, que recordemos tiene facultades para crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas, las cuales pueden ser objeto de control judicial a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concretamente el Consejo de Estado, máximo órgano de ésta jurisdicción, Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos, que son los que conocen, deciden judicialmente sobre asuntos que en este caso será el de acción de nulidad electoral, como se conocía en el anterior Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), Decreto 01 de 1984 y medio de control nulidad electoral, como se aplica en la actualidad mediante Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), ley 1437 de 2011.

Estas normas dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen como objetivo garantizar y proteger los derechos de los administrados, previo cumplimiento de los fines del estado colombiano; tal es su importancia, que en el evento de presentarse controversias en cuanto a los actos administrativos derivados de los procesos electorales, dicha jurisdicción conoce sobre todos aquellos procesos judiciales, en los que la parte interesada puede solicitar la aplicación de medidas cautelares sobre dicho acto administrativo relacionado con alguna etapa del proceso, para buscar en primera medida y de forma rápida la suspensión provisional del acto administrativo objeto de

dicha acción o medio de control, garantizando así los derechos de dicho proceso electoral y previniendo futuras responsabilidades del estado.

En virtud de lo anterior, queda claro, cuales son todos y cada uno de los mecanismos de participación ciudadana que tienen los ciudadanos colombianos, que fueron creación de la carta política de 1991, con ocasión del estado social de derecho, entre los cuales nos convoca el sufragio o voto popular, que recordemos, es susceptible de control por vía jurisdiccional, en el evento de presentarse controversias o desacuerdos en los actos administrativos que se encuentran a lo largo de dichos procesos electorales y que pueden, en algún caso, vulnerar derechos fundamentales, pues estos actos administrativos al ser expedidos, están investidos de legalidad, hasta que por medio de la acción de nulidad electoral, intervenga el juez contencioso administrativo y a través de las resultas del proceso, pueda determinar su legalidad o ilegalidad de ser el caso y demás medidas pertinentes.

Encontrándonos en este estado, es preciso señalar que, cuando se presentan dichas anomalías en los procesos de elección donde están inmersos actos administrativos, que en últimas son los que determinan las resultas de todas las etapas de dichos procesos, el interesado (a), puede acudir vía judicial a solicitar no solo se declare la nulidad de dicho acto administrativo, por considerar que es ilegal y contiene vicios en su formación, sino que además podrá solicitar si es su voluntad, medidas cautelares en las que básicamente deberá expresar los fundamentos fácticos y legales en las que se fundamenta, para que el juez, una vez realizado el respectivo estudio, las decrete o no.

Al respecto de las medidas cautelares, es fundamental manifestar que en el presente escrito analizaremos la procedencia de la medida cautelar denominada “suspensión provisional del acto administrativo” derivado de procesos electorales, lo cual reviste de gran importancia como medida previa que garantice los derechos de los electores en el caso particular.

Sobre lo anterior, se debe manifestar que el otrora C.C.A., manifestaba que, en materia de actos administrativos de carácter electoral, el juez podía decretar la suspensión provisional de dichos actos, a petición de parte, a través de las llamadas medidas cautelares, el juez al analizar el acto administrativo con la normas sustanciales y procesales, encontraba una manifiesta vulneración de las normas superiores. En ese momento procesal, debía decidir sobre el decreto de la medida, pero, existía una facultad “limitada” en cuanto a la potestad de decretar las medidas cautelares, debido a que las causales eran taxativas y no permitían cierta flexibilidad en la interpretación de la norma para determinar si era procedente o no su decreto; en estos eventos, el juzgador no accedía a su decreto, porque se decía que estaba prejuzgando con ese tipo de decisiones.

De todo lo anterior se puede observar que la suspensión de los actos administrativos comportaba un análisis estricto y rígido a la hora tanto de solicitar la medida cautelar, como del análisis su procedencia, teniendo en cuenta la taxatividad de sus causales contenidas en la norma, lo cual generó en muchos casos una incertidumbre en cuanto a la tutela judicial efectiva que se requería por parte del director del proceso.

Dada la situación, que, en muchos casos, efectivamente existían vulneraciones flagrantes de derechos tanto en la formulación como en la concepción del acto administrativo electoral, criterio que en muchos casos fue considerado como una denegación de la administración de justicia, ya que eran más imperantes los ritos procesales que la misma situación fáctica del caso concreto y los derechos allí conculcados. En otras palabras, para que procediera la suspensión provisional, era necesario que la impugnación del acto administrativo con las normas habilitantes guardase total relación, es decir que existieran razones evidentes y articuladas, de lo contrario era improcedente.

En estas condiciones, en materia de medidas cautelares se tornaba muy limitado debido a que solamente contaba con la suspensión provisional en cuanto a los efectos de loa

actos administrativos, lo cual, generaba que casi en la totalidad de los procesos de nulidades electorales en los que el demandante solicitaba como medida cautelar la suspensión provisional del acto, el juez al verificar la norma que se tornaba rígida, denegaba dicha solicitud y, había que surtir todas las etapas procesales para determinar si dicho acto administrativo solo con la sentencia, es decir al final del proceso, poseía vicios en su formación y se tornaba ilegal.

En síntesis, lo que el juez contencioso debe realizar es si dicho acto resulta de entrada contrario a la ley y de no decretarse la medida cautelar de suspensión provisional, el acto en litis continúe surtiendo efectos jurídicos y traiga consigo un desmedro en los derechos bien sean afectando el interés particular o el interés general. Lo que realmente debe perseguir dicha suspensión es evitar a toda costa el juez, es que dicha acta genere efectos jurídicos y salvaguarde el ordenamiento jurídico y los intereses que dicho acto contiene.

De conformidad con lo expuesto, se puede observar que es menester del Estado Colombiano a través sus instituciones judiciales, específicamente la contencioso administrativa, en el caso que nos ocupa, de propender por el cumplimiento y la salvaguarda de esos principios de orden legal y constitucional que buscan finalmente lograr resultados que permitan obtener una pronta justicia ligada al sostenimiento del bien común, es decir, que exista una armonía entre los derechos que se pretendan en los casos avocados y la tutela real y efectiva en el verdadero acceso a la administración de justicia.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, y ya con la entrada en vigencia del CPACA se otorgó facultades amplias al juez contencioso para buscar una defensa real y efectiva de los derechos invocados en el medio de control de nulidad electoral, lo que a primera vista refleja dos componentes fundamentales: 1. Un mayor acercamiento del juez contencioso administrativo al proceso, una amplia interacción con las partes y un mayor poder de decisión ante medidas previas que garanticen realmente los derechos reclamados y, 2. una garantía eficaz e inmediata para los sujetos procesales en el

entendido de que ante la interposición de una medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo, existe una mayor posibilidad de que prospere y por ende se suspendan los efectos jurídicos del (os) acto (s) administrativo (s) que se pretende (n) controvertir en vía judicial.

De conformidad con lo expuesto, debemos preguntarnos ¿De acuerdo con los cambios introducidos en el CPACA si las medidas cautelares en la nulidad electoral en Colombia representan realmente una tutela real y efectiva de los derechos y la protección de la democracia?

Para desarrollar el anterior cuestionamiento se plantea como objetivo general determinar de acuerdo con los cambios introducidos en el CPACA si las medidas cautelares en la nulidad electoral en Colombia representan realmente una tutela real y efectiva de los derechos y la protección de la democracia.

Igualmente, como objetivos específicos se (i) describirán los regímenes de medidas cautelares en materia electoral previstos en el CCA y el CPACA (ii) realizando un parangón entre dichos regímenes a fin de señalar los cambios introducidos en el régimen actual para así (iii) verificar la tutela judicial efectiva y protección democrática en materia de medidas cautelares en el medio de control de nulidad electoral.

Para el desarrollo de los objetivos planteados mediante el método deductivo se analizará la normatividad anterior, la vigente que regula la suspensión provisional y los autos de la sección quinta del Consejo de Estado en los que se ha decretado o negado dicha medida cautelar.

Finalmente, frente a lo anotado como respuesta tentativa se considera que el decreto de las medidas cautelares en materia de nulidad electoral garantiza la protección y tutela inmediata en perjuicio del interés particular del elegido evitando mayores perjuicios a los ciudadanos y que se desdibuje el principio de la democracia libre y transparente.



## CAPITULO I.

### EL CONTEXTO HISTÓRICO Y LA GÉNESIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN ELECTORAL.

*“Desde la antigüedad los ciudadanos griegos se reunían en una gran plaza, allí se presentaban los candidatos, exponían sus opiniones y sus proyectos para el gobierno de la ciudad y los ciudadanos designaban a aquellos con cuyas opiniones coincidían. Así, fue imponiéndose el sistema de la democracia, que fue fortaleciéndose a medida en que iba haciéndose mayor civilización. Dentro del sistema democrático, pero especialmente en la democracia representativa, el sufragio jugó un papel decisivo porque fue el instrumento que sirvió para hacer viable en la práctica el modelo democrático desde sus inicios.” (MORENO, 2009, p 19).*

Frente a los procesos electorales y las vicisitudes que de allí surgen, es requisito sine qua non verificar los antecedentes en nuestro país de todas aquellas etapas y momentos tanto en el cambio de pensamiento en el ámbito constitucional con la entrada de la carta magna de 1991, así como todas las implicaciones de tipo normativo y jurisprudencial que generaron cambios en la mecánica electoral, hasta construir un entramado de instituciones que dirigen, vigilan, regulan, investigan, juzgan dichos procesos y, que son la base de nuestra democracia hoy por hoy junto con los principios constitucionales que a lo largo de estos años se han venido desarrollando con el único fin de lograr el estado social de derecho que garantice un catálogo de derechos y busque la igualdad, el bien común y la justicia, entre otros.

Desde nuestra independencia con el imperio español, creación de nuestras propias instituciones estatales y posterior República independiente, han sido numerosos los acontecimientos que hemos vivido en nuestro país en materia electoral, tales como las diferentes Constituciones y sus diferentes regímenes, los mecanismos de participación limitados, en los cuales por dar un ejemplo, antes solo el hombre se le permitía ejercer

el derecho al sufragio, el voto popular a la mujer, la edad para votar, los periodos de gobierno de los elegidos y las instituciones y/o los organismos electorales que garantizaban todos y cada uno de los diferentes procesos en dicha materia.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991, implementó un nuevo norte a seguir, en el que la democracia participativa sería uno de sus pilares esenciales del estado social de derecho y, el individuo fuera el protagonista y gozara de especial protección en cuanto a sus derechos que esta nueva ideología le garantizara, es decir un importante rol dentro de la sociedad, con un estado garante y preocupado por la protección y la tutela efectiva de todos y cada uno de sus derechos establecidos en la carta magna.

Al respecto se señala que:

*“Ninguna actuación jurídica tiene tantas implicaciones en el principio constitucional de democracia participativa como la acción electoral. Dicha participación ciudadana se inicia desde el mismo momento en que se realizan las votaciones, pues tanto las agremiaciones independientes, como los partidos políticos, los órganos de control, toda la Rama Judicial durante los escrutinios y la misma Fiscalía, de manera activa, controlan el proceso de elección de los diferentes miembros de los organismos a los que se accede a través del voto popular. Posteriormente, una vez expedidas las respectivas credenciales por parte de la Registraduría del Estado Civil, cualquier ciudadano a nombre propio puede iniciar el proceso electoral ante la justicia administrativa, sea para declarar inválida la elección ora para iniciar proceso de pérdida de investidura, ello sin tener en cuenta el juicio disciplinario que de manera independiente y sin connotaciones en el proceso judicial, se puede adelantar ante la Procuraduría, ya que es posible que a una persona que resultó elegida se anule la credencial, sin que pierda sus derechos políticos al no haberse*

*iniciado proceso disciplinario ante la procuraduría ora la pérdida de investidura.” (CASTAÑO, 2010 p. 1) (Cursiva fuera de texto).*

Colíguese de lo anterior, en nuestra carta magna, al artículo 1º preceptúa:

*“(…) Colombia tiene un Estado democrático. La democracia se define como el gobierno del pueblo, el cual escoge por sufragio sus representantes. Esta noción (elección popular) es la base de la democracia representativa. Pero la nueva Carta persigue una democracia no solo representativa sino también participativa. Se denomina democracia participativa aquella que otorga a los ciudadanos espacios suficientes para que ejerzan influjo permanente en las decisiones públicas. Es más profunda que la democracia simplemente representativa, que descansa su legitimidad en la escogencia de las autoridades del Estado por el sufragio. Los elegidos son mandatarios de sus electores. (...)” (MORENO D. Y., 2016 p. 58) (Cursiva fuera de texto).*

Es relevante, mencionar el artículo 2 de la constitución política de Colombia que establece:

*“Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (Subrayas y cursiva fuera de texto)*

De conformidad con los fines del estado establecidos en precedencia, que es la base de nuestro sistema político, es claro mencionar que uno de los mecanismos de participación ciudadana, en donde todos y cada uno de los ciudadanos pueden intervenir en las decisiones que traen consigo implicaciones de tipo político, económico, social que revisten una gran importancia y generan un impacto directo en la calidad de vida de los colombianos, es el ejercicio del derecho al voto popular o el sufragio.

Este derecho está contemplado en nuestra carta magna, artículo 258 así:

*“El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.” (Cursiva fuera de texto).*

En efecto, una vez ejercido el derecho al voto popular, implica que:

*“Esa conducta que inicialmente tiene connotaciones de transparencia y lealtad en el proceso de escogencia de los diferentes representantes de los órganos del poder legislativo y de administración, alcanza su máximo clímax cuando un juez de la República admite la demanda electoral. Es a partir de ese momento cuando las Escuelas formalista y realista del derecho confrontan sus tesis, para, una vez dictada la sentencia, también*

*ser responsables -los operadores jurídicos- del futuro de la Nación y las distintas entidades territoriales al legitimar la posesión de los elegidos.”*  
(CASTAÑO, 2010 p. 1) (Cursiva fuera de texto).

Este derecho implica y comporta que tengamos la facultad expresa de elegir a todos y cada uno de nuestros representantes y líderes en el ámbito local, departamental y nacional, por medio de la interacción entre el Estado Colombiano representado en sus instituciones, que periódicamente convocan a la población a determinar por medio del voto popular, de una manera libre y espontánea a elegir a sus líderes que en periodos legales determinados administrarán los intereses de sus representados.

Este nuevo modelo trajo consigo que toda la población electoral pudiera elegir a todos sus líderes políticos a saber: Desde el Presidente de la República, Vicepresidente de la República, congresistas (senadores y representantes a la cámara), gobernadores y diputados, alcaldes y concejales; todos ellos respetando los fines del estado y fortaleciendo la participación ciudadana, la democracia participativa y la justicia.

*“Ese contenido del concepto de justicia se encuentra en todo el sistema axiológico de una sociedad determinada, en nuestro caso, la Constitución de 1991 tiene un fin esencial: “promover la prosperidad general”, lo cual se logra a través de medios u objetivos como el servicio a la comunidad, la garantía de los derechos fundamentales, la vigencia de un orden justo, el mantenimiento de la conciencia pacífica, y la participación democrática de todos en las decisiones que nos afectan, aspecto este último donde juega papel trascendental la acción electoral.”* (CASTAÑO, 2010 p. 14)  
(Cursiva fuera de texto).

En el mismo sentido, la Constitución política trajo consigo la organización del sistema electoral colombiano y de sus autoridades electorales conformadas por el Consejo nacional electoral encargado de la inspección y vigilancia de todos los procesos

electorales y, la Registraduría nacional del Estado Civil como institución delegada para dirigir, organizar y llevar a cabo los procesos electorales, en especial el escrutinio de los votos que cada ciudadano deposita en las urnas para elegir a sus representantes o líderes políticos.

Estos principios constitucionales han sido regulados y reglamentados a la realidad electoral colombiana, a través de una serie de normas que conforman la estructura del sistema electoral tales como:

1. Ley 130 de 1994:

“Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales”

2. Ley 134 de 1994 que en su artículo 1º establece:

*“La presente Ley estatutaria de los mecanismos de participación del pueblo regula la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto.*

*Establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles.*

*La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación ciudadana en la vida política, económica, social, cultural, universitaria, sindical o gremial del país ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta Ley.”*

3. Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) con sus modificaciones, en el artículo 1º reza:

*“El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre,*

*espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.*

4. Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) que establece en su artículo 1º:

*“Campo de aplicación. Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades". (Subrayas y cursiva fuera del texto).*

Este conjunto de normas y de instituciones que se denomina sistema electoral el cual puede ser definido así:

*“El sistema electoral puede ser definido como aquel conjunto de instituciones y de personas que interactúan para efectos de lograr que la voluntad popular expresada en las urnas conduzca a la selección de los gobernantes o la toma de determinadas decisiones. Si bien está definido constitucionalmente como conformado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Electoral, de cara a las elecciones, intervienen otras muchas personas, a saber: autoridades públicas, tales como el Congreso de la República, el Gobierno Nacional, los gobernantes y los administradores de las Fuerzas Armadas y de Policía, los departamentos y municipios, los organismos de control, así como los partidos y movimientos políticos, y los ciudadanos en general. Cada uno de ellos tiene un especial papel dentro de ese cúmulo de relaciones y dentro de ese todo sistémico.” (VÁCHA, 2010 p. 41) (Cursiva fuera de texto).*

Aunado a lo anterior, es pertinente agregar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico también tenemos un catálogo de principios jurídicos, contenidos en la constitución, las normas y la jurisprudencia, que son los que mantienen la armonía entre los hechos y el deber ser del debido proceso y la protección real y efectiva de los derechos fundamentales en cuanto a los procesos electorales.

Ahora bien, el sistema electoral colombiano tiene entre tantas, una función vital, que es el motivo fundamental del presente asunto, y recae sobre la base que cuando se realizan las elecciones a través del ejercicio del voto popular, posterior a la misma, la administración, es decir, las entidades del estado que hacen parte de dicho sistema, se pronuncian o manifiestan sus decisiones y las transmiten a la sociedad a través de actos administrativos, que recordemos tiene facultades para crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas, las cuales pueden ser objeto de control judicial a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concretamente el Consejo de Estado, máximo órgano de ésta jurisdicción, Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos, que son los que conocen, deciden judicialmente sobre asuntos que en este caso será el de acción de nulidad electoral, como se conocía en el anterior Código Contencioso Administrativo (C.C.A.), Decreto 01 de 1984 y medio de control nulidad electoral, como se aplica en la actualidad mediante Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ley 1437 de 2011.

Estas normas dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen como objetivo garantizar y proteger los derechos de los administrados, previo cumplimiento de los fines del estado colombiano; tal es su importancia, que en el evento de presentarse controversias en cuanto a los actos administrativos derivados de los procesos electorales, dicha jurisdicción conoce sobre todos aquellos procesos judiciales, en los que la parte interesada puede solicitar la aplicación de medidas cautelares sobre dicho acto administrativo relacionado con alguna etapa del proceso, para buscar en primera



medida y de forma rápida la suspensión provisional del acto administrativo objeto de dicha acción o medio de control, garantizando así los derechos de dicho proceso electoral y previniendo futuras responsabilidades del estado.

### **1.1. Derecho electoral y medidas cautelares frente al decreto 01 de 1984.**

Ahora bien, frente el derecho electoral colombiano y frente a la importancia de su significado es preciso recordar su concepto:

*“El pueblo, en ejercicio de sus derechos políticos, articula el Estado-aparato. La sociedad construye al estado y organiza el poder político; en esta capacidad constitutiva del orden político radica la esencialidad de los derechos políticos de participación. La democracia es el medio para la autodeterminación individual y colectivo; la participación ciudadana, condición necesaria ara que dicha finalidad pueda ser realizada, se ejerce a través de diversas instituciones como el referendo, la iniciativa legislativa, el plebiscito, la convocatoria a una asamblea constituyente, la consulta popular, **el sufragio**, la revocatoria del mandato, **la elección popular de alcaldes y gobernadores, etc.**”* (JIMENEZ, 2014 p. 36)  
(Negritas y cursiva fuera del texto).

En virtud de lo anterior, queda claro, cuales son todos y cada uno de los mecanismos de participación ciudadana que tienen los ciudadanos colombianos, que fueron creación de la carta política de 1991, con ocasión del estado social de derecho, entre los cuales nos convoca el sufragio o voto popular, que recordemos, es susceptible de control por vía jurisdiccional, en el evento de presentarse controversias o desacuerdos en los actos administrativos que se encuentran a lo largo de dichos procesos electorales y que pueden, en algún caso, vulnerar derechos fundamentales, pues estos actos administrativos al ser expedidos, están investidos de legalidad, hasta que por medio de

un proceso (decreto 01 de 1984) denominado acción de nulidad electoral, intervenga el juez contencioso administrativo y a través de las resultas del proceso, pueda determinar su legalidad o ilegalidad de ser el caso y demás medidas pertinentes.

Encontrándonos en este estado, es preciso señalar que, cuando se presentan dichas anomalías en los procesos de elección donde están inmersos actos administrativos, que en últimas son los que determinan las resultas de todas las etapas de dichos procesos, el interesado (a), puede acudir vía judicial a solicitar no solo se declare la nulidad de dicho acto administrativo, por considerar que es ilegal y contiene vicios en su formación, sino que además podrá solicitar si es su voluntad, medidas cautelares en las que básicamente deberá expresar los fundamentos fácticos y legales en las que se fundamenta, para que el juez, una vez realizado el respectivo estudio, las decrete o no.

Al respecto de las medidas cautelares, es fundamental manifestar que en el presente escrito analizaremos la procedencia de la medida cautelar denominada “suspensión provisional del acto administrativo” derivado de procesos electorales, lo cual reviste de gran importancia como medida previa que garantice los derechos de los electores en el caso particular.

Según la Corte Constitucional (Sentencia C - 379 de 2004), sobre medidas cautelares manifiesta:

*“Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar*

*sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.*

*Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.” (Cursiva fuera de texto).*

## **1.2 Concepto y características de la acción de nulidad electoral vistos desde el Código Contencioso Administrativo.**

Ahora bien, es menester abordar la acción de nulidad electoral vista desde la normativa anterior, es decir el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), la cual establecía en materia del proceso jurisdiccional de nulidad electoral lo siguiente:

*“En ejercicio del derecho de acción, cualquier persona, directamente cuando se trata de ciudadanos o bien en forma indirecta a través de representante, podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se declare la nulidad de un acto de elección o de nombramiento de las autoridades públicas, tales como el presidente de la República, congresistas, diputados a las asambleas, concejales, magistrados y demás funcionarios elegidos o designados, como también para que sean modificados, adicionados o aclarados (art 227), cuando se*

*hubieren pretermitido o desconocido las normas jurídicas respectivas, o bien por motivos de orden constitucional o legalmente establecidos.”*  
(VÁCHA, 2010 p. 82) (Cursiva fuera de texto)

El Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra como ponente de la Sentencia T 945 de 2008 soslaya la acción de nulidad en el sentido:

*“La acción de nulidad electoral es de carácter pública, esto es, que puede ser instaurada por cualquier persona, (...) en aras de concretar el principio de democracia participativa como fundamento esencial del Estado Social de Derecho.”* (Cursiva fuera de texto).

A la luz de lo anterior, debemos recordar las causales para que proceda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, tales causales son las subjetivas y las objetivas. Las primeras hacen referencia a condiciones específicas del elegido, es decir las que se enmarcan en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que no le permiten al aspirante a ser elegido y las segundas respecto de las irregularidades que se generen en todo el proceso de elecciones y que incurran en vicios de formación del acto administrativo, el cual deberá en las dos clases de causales, ser objeto de control judicial vía nulidad electoral.

En sentencia de 13 de septiembre de 2011, sobre las causales de nulidad electoral, el Consejo de Estado dijo:

*“Por virtud del mandato de los artículos 223, 226 y 227 del Código de lo Contencioso Administrativo, son casuales de nulidad de los actos de elección popular aquellas que atentan contra la eficiencia de las funciones públicas, el equilibrio o la igualdad en la contienda electoral y la voluntad popular expresada en las urnas, de ahí que una decisión administrativa contentiva de una elección pueda demandarse por causales especiales objetivas, relacionadas con los procesos de votación y de escrutinio de*

votos, y especiales subjetivas, relacionadas con el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a un destino público o la inelegibilidad de un elegido.

Las primeras, a las que se refiere el artículo 223, incorporan i) la violencia, no sólo sobre los escrutadores y los documentos electorales, sino sobre los electores, ii) la falsedad y/o apocrifidad en los registros electorales, iii) la modificación de las actas de escrutinio luego de que han sido firmadas, iv) la asignación de curules con violación del sistema legalmente establecido para el efecto y vi) el cómputo de votos depositado por candidatos con vínculos de matrimonio o parentesco con jurados de votación y/o miembro de Comisión Escrutadora.

Las segundas, de las que se ocupan los artículos 223-5, 227 y 228, comprenden i) el incumplimiento, por parte del elegido, de los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios para acceder al cargo y ii) el defecto de inelegibilidad de quien resulta favorecido por los electores.

De las causales especiales de nulidad de carácter objetivo la más socorrida corresponde a la falsedad o apocrifidad de los registros electorales, que se verifica cuando en las etapas electoral y poselectoral se presentan situaciones que afectan, objetivamente, la verdad de los resultados electorales, y con ello la voluntad de los electores.

A manera de ejemplo, configuran falsedad o apocrifidad defectos como la diferencias entre Formularios E-11 y E- 24 en cuanto el último registre más votos que los votantes relacionados en el primero, las diferencias injustificadas entre actas de escrutinio E-14 y los formularios E-24 y las actas generales, en la medida en que registren más o menos votos de los alcanzados por determinada opción política, la intervención de jurados de facto en cuanto los de derecho sean menos de 2, el voto de personas no

*autorizadas, las suplantaciones, la trashumancia en las elecciones de autoridades locales, el voto de personas fallecidas, el escrutinio de actas de jurados entregadas en forma extemporánea que, por lo mismo, no pueden ser consideradas, etc. No configuran esta causal, incorrecciones respecto de las cuales resulta imposible aceptar, objetivamente, que afectan la veracidad de los resultados electorales.*

*La verdad electoral resulta falseada cuando en los distintos documentos electorales se registran sufragios que física o jurídicamente no existen, como cuando éstos se inventan o se fabulan o cuando se computan no obstante que se hallan relacionados en registros no válidos.*

*Los vicios que configuran causal especial de nulidad hacen viable la acción electoral.” (Cursiva fuera de texto).*

La anterior providencia deja ver de manera clara y precisa las causales subjetivas y objetivas que se deben tener en cuenta a la hora de incoar la acción de nulidad electoral ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con la anterior normatividad.

No obstante, es preciso establecer que son aplicables además de las enunciadas en precedencia, las causales del artículo 84 del decreto 01 de 1984 que establece:

**“ARTÍCULO 84.** *Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.*

*Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa*

*motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*

*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.” (Cursiva fuera de texto).*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la acción electoral es una acción pública y que cualquier ciudadano en principio la puede ejercer, tiene inmersa varias características y exigencias que están consagradas en el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, que reza:

**“ARTÍCULO 139.** *A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder.*

*Se reputan copias hábiles para los efectos de este artículo, las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación.*

*Cuando la publicación se haya hecho por otros medios, la copia tendrá que venir autenticada por el funcionario correspondiente.*

*Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda.*

*Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la*

*representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título, y la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso.*

*Al efecto deberá acompañarse con la demanda la prueba del recurso o petición elevado ante la administración, con la fecha de su presentación.*

*Deberá acompañarse copias de la demanda y sus anexos para la notificación de las partes.”* (Cursiva fuera de texto).

La anterior precisión legal, deriva en que se deben cumplir unos requisitos esenciales para poder acceder a la administración de justicia conforme a la ley y así poder impugnar estos actos administrativos ante el aparato jurisdiccional en debida forma.

Aunado a lo anterior, se debe cumplir con el requisito del artículo 229 del Código Contencioso Administrativo que establece:

**“ARTÍCULO 229.** *Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos.* (Cursiva fuera de texto).

No obstante, como lo manifiesta el C.C.A, en principio solo procedería la acción de nulidad electoral contra actos definitivos como los de elección y/o los de nombramiento, pero la jurisprudencia del consejo de estado expresó que, en ciertos casos, también era necesario e imperativo objetar los actos administrativos preparatorios o previos que dan como resultado el acto administrativo que contiene la decisión final del proceso electoral objeto de la controversia.



Al respecto al Consejo de Estado (como Magistrado Ponente Dr. Mauricio Torres Cuervo en la Sentencia N° Radicado 11001-.3-28-000-2006-00122) se pronunció así:

*“La acción de nulidad electoral es una especie del género acción de simple nulidad. Tiene por objeto asegurar el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones electorales y de la facultad nominadora. Procede contra actos mediante los cuales se hace una designación por elección (popular o no) o por nombramiento. Cuando se ejerce contra actos electorales producto de la voluntad popular puede formularse no sólo por las causales genéricas de nulidad establecidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sino por las especiales a las que se refieren los artículos 223, 227 y 228 ibidem. Para el ejercicio de la acción electoral, por cualquiera de las causales establecidas en la ley, la demanda, en principio, debe dirigirse contra el acto de elección o nombramiento, tal como lo dispone el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, esta S. ha reiterado en jurisprudencia uniforme la obligación de demandar otros actos dictados en el curso del proceso administrativo electoral, cuando contienen decisiones administrativas que finiquitan una actuación accesoria o incidental adelantada en su trámite, como aquellos que resuelven sobre reclamaciones electorales o últimamente, y por razón de la enmienda contenida en el artículo 8º del Acto Legislativo 1 de 2009, los actos que deciden sobre irregularidades o vicios que de no corregirse pueden llegar a configurar vicios especiales de nulidad. Lo anterior en la medida en que tales actos contengan decisiones definitivas contrarias al ordenamiento jurídico y en cuanto constituyen la base para los definitivos. Empero, cuando resulta imperativo impugnar actos distintos al de elección, respecto de éstos debe formularse una acusación, precisando qué normas violaron y expresando el sentido de la violación, como lo impone el artículo 137 (4) ibídem.”* (Cursiva fuera de texto).

Tal como queda expuesto, entonces, la acción de nulidad electoral tenía una serie de elementos de carácter constitucional, legal y jurisprudencial que debían ser observados como requisitos indispensables a la hora de pretender acceder a la administración de justicia para controvertir los actos administrativos tanto preparatorios como definitivos y así propender por la búsqueda vía judicial de la legalidad y transparencia de los procesos electorales desde su inicio hasta su culminación.

*“Nulidad electoral: según el artículo 139 del código anterior, cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden, y las contempladas de manera especial en el artículo 275 del código. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. Precisa la norma que, en elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. De esta manera, el demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la ley 472 de 1998. Esta acción pública cuenta con un plazo perentorio de caducidad de 30 días, el mismo código trae de forma textual el procedimiento que debe seguirse (arts. 275-296).”*  
(BETANCUR, 2016 p. 586-587) (Cursiva fuera de texto).

**1.3 Procedencia del decreto de suspensión provisional del acto administrativo electoral por parte del Juez Contencioso Administrativo a la luz del otrora Decreto 01 de 1984.**

Anteriormente El Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, manifestaba que, en materia de actos administrativos de carácter electoral, el juez podía decretar la suspensión provisional de dichos actos, a petición de parte, a través de las llamadas medidas cautelares, el juez al analizar el acto administrativo con la normas sustanciales y procesales, encontraba una manifiesta vulneración de las normas superiores. En ese momento procesal, debía decidir sobre el decreto de la medida, pero, existía una facultad “limitada” en cuanto a la potestad de decretar las medidas cautelares, debido a que las causales eran taxativas y no permitían cierta flexibilidad en la interpretación de la norma para determinar si era procedente o no su decreto; en estos eventos, el juzgador no accedía a su decreto, porque se decía que esta prejuizando con ese tipo de decisiones.

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo contemplaba:

*“El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:*

- 1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.*
- 2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.*
- 3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.”* (Cursiva fuera de texto).

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>1</sup> manifestó:

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, Colombia, Sentencia N° radicado 44001-23-31-000-2012-00059-01(47605), Magistrado Ponente Dr. Danilo Rojas Betancourth.

*“(...) La suspensión provisional es una medida cautelar que busca suspender los efectos jurídicos generados por la fuerza ejecutoria y ejecutiva que revisten al acto administrativo que se demanda, y tiene por objeto velar por la “protección de los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con los efectos del acto o los actos administrativos cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona”. A su vez, es una figura jurídica consagrada en el artículo 152 del C.C.A., en donde se establece que los requisitos para su procedencia -los cuales deben ser cumplidos estrictamente- son los siguientes: 1º) Que la medida se solicite y sustente expresamente en el mismo texto de la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida. 2º) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud; 3º) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado está causando o podría causar al actor. De conformidad con lo anterior, es menester la existencia manifiesta de la trasgresión del ordenamiento normativo superior por parte del acto administrativo demandado. (...)*

*(...) El demandante, en el escrito mediante el cual presente la petición de suspensión provisional, sea en la propia demanda o en escrito aparte, debe precisar e indicar de manera expresa las normas de rango superior que habrían resultado vulneradas con los actos demandados. Además, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha establecido que aparte de los requisitos previstos por el C.C.A., también es necesario que en el escrito de suspensión provisional se indiquen de manera expresa y de forma específica no solo las normas trasgredidas, sino que también se deben exponer las razones por las cuales el actor considera que dicha violación reviste carácter manifiesto. Si agotado el estudio de los requerimientos señalados, el juez concluye que no se han cumplido satisfactoriamente y*

*que es necesario un estudio de fondo para esclarecer la legalidad del acto administrativo, es deber del mismo agotar el procedimiento pertinente y aplazar el pronunciamiento sobre la validez del acto demandado hasta el momento en que dicte sentencia. (...)" (Cursiva fuera de texto).*

De todo lo anterior se puede observar que la suspensión de los actos administrativos comportaba un análisis estricto y rígido a la hora tanto de solicitar la medida cautelar, como del análisis su procedencia, teniendo en cuenta la taxatividad de sus causales contenidas en la norma, lo cual generó en muchos casos una incertidumbre en cuanto a la tutela judicial efectiva que se requería por parte del director del proceso.

Dada la situación, que, en muchos casos, efectivamente existían vulneraciones flagrantes de derechos tanto en la formulación como en la concepción del acto administrativo electoral, criterio que en muchos casos fue considerado como una denegación de la administración de justicia, ya que eran más imperantes los ritos procesales que la misma situación fáctica del caso concreto y los derechos allí conculcados. En otras palabras, para que procediera la suspensión provisional, era necesario que la impugnación del acto administrativo con las normas habilitantes guardase total relación, es decir que existieran razones evidentes y articuladas, de lo contrario era improcedente.

*"Los pasos iniciales de control previo de la actuación de la administración se dieron con la presencia de la única medida cautelar existente al interior del Decreto 01 de 1984; la suspensión provisional de los actos administrativos, no obstante cuando se verificaban los requisitos de la misma, se advertían rigurosos, y en tal sentido, poco aplicables en la práctica, salvo contados casos donde se evidenciaba la flagrante y manifiesta vulneración de las normas en que debía fundarse.*

*En efecto, el artículo 152 del C.C.A. establecía que la suspensión provisional era una medida cautelar de carácter material que, con su*

*decreto, suspendía el atributo de la fuerza ejecutoria de que goza el acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se podían conculcar con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestionaba. No obstante su aplicabilidad estaba supeditada a la vulneración del ordenamiento en forma clara, ostensible, flagrante y manifiesta.”* (GARCÍA, 2014 p. 377) (Cursiva fuera de texto).

En estas condiciones, el Decreto 01 de 1984 en materia de medidas cautelares se tornaba muy limitado debido a que solamente contaba con la suspensión provisional en cuanto a los efectos de los actos administrativos, lo cual, generaba que casi en la totalidad de los procesos de nulidades electorales en los que el demandante solicitaba como medida cautelar la suspensión provisional del acto, el juez al verificar la norma que se tornaba rígida, denegaba dicha solicitud y, había que surtir todas las etapas procesales para determinar si dicho acto administrativo solo con la sentencia, es decir al final del proceso, poseía vicios en su formación y se tornaba ilegal.

Colígrese de lo anterior que, el objetivo de dicha medida cautelar tenía como finalidad la protección inmediata de los derechos inmersos en dicho (s) acto (s), pero como se pudo establecer, el juez carecía de maniobrabilidad normativa suficiente para previo a conocer de fondo el asunto, dejara en suspenso la validez y ejecutoria del acto en controversia.

Es importante resaltar el objetivo de las medidas cautelares, las cuales comportan un factor fundamental en la tutela judicial efectiva a lo cual se indica:

*“Las medidas cautelares son aquellas, dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que*

*eventualmente sea reconocido.” (OSSORIO, 2006 p. 584) (Cursiva fuera de texto).*

Así mismo, se debe tener en cuenta por qué y para que fueron diseñadas las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual implica que:

*“Su finalidad es garantizar la ejecución de las decisiones judiciales, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. Apuntan pues, a evitar que las sentencias se hagan ilusorias, a conservar la igualdad procesal mediante el mantenimiento de las situaciones existentes al inicio del proceso y a impedir cualquier circunstancia que pueda alterar las mismas. También se destinan, como luego se detallará, a anticipar, provisoriamente, la realización del fallo de fondo” (SANCHEZ, 2009 p. 185) (Cursiva fuera de texto).*

Por lo anteriormente expuesto, podemos sintetizar los rasgos relevantes de los que gozaba la suspensión provisional del acto administrativo en el régimen anterior, CCA, en el que no había una garantía de la tutela judicial efectiva, en palabras de Gustavo Quintero Navas:

*“En el anterior código, el régimen de medidas cautelares en sede contencioso administrativa era limitado, pues solo estaba consagrada la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos y, por tanto, ésta era únicamente aplicable a las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, para que estas medidas se concedieran se exigían requisitos que hacían que en la práctica no fuesen realmente útiles como mecanismos efectivos de protección inmediata de derechos.”*

*“Para que se pudiese decretar la medida cautelar en el antiguo régimen “la infracción tenía que aflorar al campo jurídico sin necesidad de ningún*

*tipo de reflexión”, puesto que se exigía que la vulneración de las normas invocadas resultara prima facie de la comparación de éstas, con el acto administrativo demandado. El solicitante debía demostrar una flagrante contradicción y, por ello, el juez no podía realizar estudios de fondo, dado que se consideraba que el que el juez incurría en prejuizgamiento”.*

*“...cambió el efecto en el que se conceden los recursos interpuestos en lo referente a las medidas cautelares. En el antiguo código se concedían en el efecto suspensivo”. (Socorro, M. 2017, P. 150 y 152).*

#### **1.4 Eficacia de la acción de nulidad electoral dentro de los conceptos de justicia y bien común en el Código Contencioso Administrativo.**

*“El Derecho Procesal Administrativo tiene por objeto y fin la protección de los administrados frente a la Administración Pública, así como mantener la eficacia del Derecho Administrativo a través de la función jurisdiccional, es decir, el Derecho Procesal Administrativo como disciplina jurídica es un conjunto de normas, debidamente ordenadas, sistematizadas, y jerarquizadas cuyo objeto específico es el ejercicio de la función jurisdiccional administrativa.” (MADRAZO, 2012 p. 36) (Cursiva fuera de texto).*

De conformidad con lo expuesto, se puede observar que es menester del Estado Colombiano a través sus instituciones judiciales, específicamente la contencioso administrativa, en el caso que nos ocupa, de propender por el cumplimiento y la salvaguarda de esos principios de orden legal y constitucional que buscan finalmente lograr resultados que permitan obtener una pronta justicia ligada al sostenimiento del bien común, es decir, que exista una armonía entre los derechos que se pretendan en los casos avocados y la tutela real y efectiva en el verdadero acceso a la administración de justicia.



En la Constitución Política de 1991, en su parte preliminar se indica que:

*“En el Preámbulo de la Constitución se relacionan valores más que principios constitucionales, la verdad es que la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y el orden social justo, ínsitos en el Preámbulo se pueden considerar como principios de principios o principios fundantes, puesto que irradian, iluminan y le dan validez y existencia misma no sólo a los que la constitución en el Título I, llama “Principios fundamentales”, sino a los principios sustantivos y procesales que existen en el contexto normativo de la Constitución.*

*La principalística jurídica como fundamento no simplemente dogmático sino con consecuencias normativas que le dan validez, eficacia y existencia a las ramas especializadas del derecho, y en particular de la del derecho sustantivo y procesal administrativo.” (GOMEZ, 2015 p. 51)*  
(Cursiva fuera de texto).

Ahora bien, como en precedencia se ha dicho, se encontraron diferentes límites en el rol del juez contencioso a la hora de aplicar de manera oportuna la suspensión del acto administrativo, lo cual al confrontarlo con la eficacia y la aplicabilidad de los casos presentados, se observó un gran porcentaje en la nugatoria frente a la declaratoria de la medida cautelar solicitada, lo cual, con ese anterior régimen, situaba a los administrados en una situación mas compleja porque, aunado a que la supuesta ilegalidad del acto administrativo objeto de control judicial, generaba de entrada unos perjuicios y una vulneración de derechos e intereses generales, la situación se agravaba aún más en el entendido de que al negar el retiro provisional de dicho acto, éste nacía a la vida jurídica y generaba efectos inmediatos, los cuales, mientras continuaba la acción de nulidad electoral, dejaba desprotegidos los derechos que habían sido incoados en la demanda.

Sobre el particular es pertinente agregar:

*“Por eficacia cabe entender, en principio, la virtud o fuerza para alcanzar un fin, la idoneidad de un instrumento para lograr determinado objetivo. En ocasiones cuando se habla de eficacia o ineficacia del Derecho o de alguna norma se hace en este sentido, que implica una concepción instrumental del orden jurídico al servicio de determinados fines. Así, a la vista de los ideales de justicia o de cooperación social, cabe decir que cierto Derecho se muestra eficaz para conseguirlos o que sería conveniente adoptar algunas medidas para corregir su falta de eficacia.”* (LUIS PRIETO SANCHIS, 1997 p. 19) (Cursiva fuera de texto).

Adicionalmente, el Doctor Darío Quiñones Pinilla como Magistrado Ponente de la Sentencia N<sup>o</sup> radicado 2003-01084-01, del Consejo de Estado, expresó:

*“En la jurisdicción contencioso administrativa se impone como carga procesal al demandante la determinación de los presupuestos básicos para delimitar el marco de competencia del juez contencioso administrativo (artículo 137 del Código Contencioso Administrativo). De ahí que la demanda de contenido electoral constituye el punto de partida y de llegada del juez administrativo, en tanto que, en principio, solamente puede pronunciarse respecto de lo solicitado y con fundamento en los hechos y derechos que pretenden desvirtuar la presunción de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos de contenido electoral.*

*Sin embargo, el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa no impide que el juez interprete la demanda en un sentido útil y eficaz que le permita al demandante acceder a la administración de justicia para que se le resuelva de fondo el conflicto jurídico que plantea. De hecho, la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda electoral deriva directamente del principio constitucional según el cual el derecho sustancial debe prevalecer sobre la formalidad, de tal manera que se garantice a toda persona el derecho de acceso a la administración*

*de justicia y, en especial, el derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley (artículos 228, 229 y 40, numeral 6°, de la Carta).” (Cursiva fuera de texto).*

Como corolario a lo expuesto:

*“Así, la tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, a fin de que la sentencia que en su día declare el derecho pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al abstenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección son declarados por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y, de esta forma, la seguridad jurídica.*

*La tramitación de los procesos que se plantean ante la jurisdicción contencioso administrativa no escapa del riesgo de ineficacia de la decisión para los derechos o intereses de los sujetos procesales, principalmente de los demandantes, por la demora en la resolución de las causas judiciales, y, por el contrario, esa eventualidad es más gravosa y apremiante que en los procesos tramitados por las demás jurisdicciones.*

*Ello resulta ser así, porque en este tipo de procesos la legislación únicamente reconoce como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, pero no contempla ninguna protección cautelar respecto de las decisiones de la administración que denieguen las solicitudes de los administrados o prohíban el desarrollo de alguna actividad.*

*Esta situación -generadora de la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva-, para poder ser remediada en forma cabal, no puede ser asumida únicamente desde la perspectiva de los derechos individuales de los*

*accionantes la cual, si bien tiene y merece un reconocimiento propio, se enmarca dentro de un denominador común, que en su conjunto justifica en mayor medida la búsqueda de una solución y que consiste en la preservación de la seguridad jurídica.*

*(...) a partir de la precisión del concepto de seguridad jurídica, establezca su correlación con las medidas cautelares, explique la insuficiencia de las mismas en la jurisdicción contencioso administrativa y proponga una solución que considere los aportes que en tal sentido pueden hacerse desde el derecho comparado. (...)" (MEDINA, 2005) (Cursiva fuera de texto).*

Tal como queda expuesto, la eficacia de la medida cautelar va de la mano con la tutela judicial efectiva, que no es más que prevenir futuras afectaciones a la justicia y el bien común en el trasegar del proceso administrativo.

## CAPITULO II.

### EL NUEVO RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL A PARTIR DE LA LEY 1437 DE 2011.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2004 al referirse al concepto de las medidas cautelares sostuvo que:

*“(...) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)”*

*“(...) Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. (...)” (Cursiva fuera de texto).*

Una vez observado el contexto histórico de las medidas cautelares desde el estado social de derecho, la Carta Política de 1991, el Decreto 01 de 1984 y jurisprudencia de las altas cortes, podemos ver con total claridad cómo operaba el anterior régimen de la acción de nulidad electoral y todo pertinente al decreto de suspensión provisional de los actos administrativos de contenido electoral.

Aunado a lo anterior, también se ilustró lo concerniente a la eficacia de la nulidad electoral dentro de los parámetros de justicia y del bien común.

*“La dinámica de la Ley 1437 de 2011 exige un cambio en la concepción de la actividad judicial pues el nuevo ordenamiento genera más poderes al Juez Administrativo; el operador judicial que concibe la Ley 1437 de 2011 no solo debe realizar la tradicional función de resguardo de la legalidad, sino que debe inmiscuirse en la defensa de los principios de la Constitución Política, ello es, adoptándose criterios similares a los contenidos en las normas que regulan las llamadas acciones constitucionales”.* (PERDOMO, 2011 p. 28) (Cursiva fuera de texto)

Ahora bien, con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012, se dio inicio a un nuevo régimen y un nuevo norte en cuanto a la filosofía y la aplicación del derecho administrativo y procedimiento administrativo por parte de la administración como de los jueces y magistrados de dicha jurisdicción, a lo cual es preciso decir:

*“(…) el derecho procesal administrativo como el conjunto de normas debidamente ordenadas, sistematizadas, y jerarquizadas cuyo objeto específico es el ejercicio de la función jurisdiccional administrativa, puesto que en el ambiente de la práctica jurídica generalizada se sostiene que el*

*derecho procesal constituye sólo un conjunto de normas que instrumentalizan la protección y garantía de los derechos y deberes de los administrados y la Administración Pública del Estado, a través de los procedimientos ante la jurisdicción del derecho procesal no es un mero instrumento, sino la razón y esencia de esa protección y garantía que se pone en función en las relaciones jurídicas entre administrados y Administración Pública del Estado(...)*". (GOMEZ, 2015 p. 41) (Cursiva fuera de texto).

*"Las medidas cautelares que trae la Ley 1437 de 2011 son el más amplio poder del operador judicial al interior del proceso contencioso administrativo. Resultan ser una verdadera novedad dentro de la tradición contenciosa a nivel nacional que solo contemplaba como cautela, la suspensión provisional en el trámite de los procesos ordinarios de que conoce la J.C.A. colombiana.*

*Si bien su consagración es del orden legal, realmente el régimen cautelar contencioso administrativo tiene raíz constitucional en el acceso a la tutela judicial efectiva, postulado inherente a la función judicial, dentro de los límites de la regulación establecida en el nuevo ordenamiento."* (BERIZONCE, 2010 p. 450) (Cursiva fuera de texto)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, con radicado N° 11001-03-26-000-2013-0019-00 (46213) de 4 de abril de 2013 manifestó:

*"El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- ley 1437 de 2011-, si bien, conservó gran parte las instituciones del decreto 01 de 1984 y el organigrama dual en materia administrativa y contenciosa, fue innovador en lo que respecta a la figura de la jurisprudencia como fuente de derecho, en otras palabras, rompió un*

*paradigma en esta jurisdicción, al incluir en su compendio normativo disposiciones que propugnan por la aplicación de la jurisprudencia a determinadas situaciones y bajo determinados presupuestos, cosa que obliga no solo a los que administran justicia, sino a las autoridades administrativas en los asuntos de su competencia. (...) ese cuestionamiento tiene su génesis en el principio de igualdad, el que se ha hecho operativo a través de un derecho, y a su vez, se ha subdividido en dos garantías a saber: igualdad ante la ley e igualdad de trato por parte de las autoridades. Esta última, impone un deber a todo el aparato estatal, que consiste en hacer material ese igual trato propugnado, y ello debe ser observado por todas las instituciones públicas en cumplimiento de sus deberes, y el órgano jurisdiccional no escapa de ello. (Cursiva fuera de texto).*

Al respecto el Máximo Tribunal Constitucional (Sentencia C – 713 de 2008) expresó:

*“(...) Otra innovación en el artículo modificado es la implantación de la oralidad como un mecanismo para el logro de una justicia pronta y eficaz. Dicha disposición consagra el principio general, consistente en que las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales, y excepcional otra forma para su trámite, siempre de conformidad con la ley. Oralidad en las actuaciones judiciales que no contraviene la Constitución, pues con ella se pretende propiciar condiciones indispensables para imprimir celeridad al trámite de las actuaciones propias de los diferentes procesos, con miras a superar la congestión judicial que constituye uno de los más graves problemas de la administración de justicia, y garantizar con ello la protección y efectividad de los derechos de los asociados, en cuanto concierne a la convivencia social, al orden justo y más específicamente al acceso a la administración*



*de justicia, consagrado como derecho fundamental en el artículo 229 Superior. La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad de la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones todas estas que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual. Además, pone en evidencia la necesidad de adoptar nuevos estatutos legales para ajustar los actuales, que consagran procedimientos prevalentemente escritos, para señalar la forma como habrán de llevarse a cabo, en cada especialidad, las audiencias y demás diligencias dentro de un nuevo esquema, según se prevé en el segundo inciso del artículo primero. (...) (Cursiva fuera de texto).*

## **2.1 Tutela efectiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en la nulidad electoral.**

Es importante recordar algunos principios generales del derecho relacionados con la tutela efectiva:

*“(...) PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA*

*Sentencia 2010-00251 del 14 de julio de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala:*

*No puede olvidarse que el principio de confianza legítima es una manifestación del principio de buena fe, y de acuerdo con él las autoridades públicas tienen la obligación de respetar las expectativas legítimas sembradas en los particulares con sus actuaciones u omisiones reiteradas en el tiempo. Solo las expectativas ciertas, fundadas,*

*razonables y acordes a la ley deben ser protegidas. Ante su existencia no pueden las autoridades sorprender a sus titulares con una alteración o cambio súbito de las reglas de juego. (...)*

*“(...) PRINCIPIO DE EFICACIA*

*Sentencia 1999-5913 del 12 de julio de 2001, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza:*

*Así pues, en opinión de la Sala, las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad, habida consideración de que la demanda vulneró el principio de eficacia, consagrado en el artículo 3º, inciso 5º, del Código Contencioso Administrativo, reiterado en el artículo 209 de la Carta Política, aplicable a las actuaciones administrativas, que impone a las autoridades de este orden la obligación de remover los obstáculos meramente formales, con miras a adoptar decisiones de fondo. (...)*

*“(...) PRINCIPIO DE INMEDIATEZ*

*Sentencia 2013-00089 del 31 de octubre de 2013, C.P. Guillermo Vargas Ayala:*

*Implica que la inmediatez en cuanto a la protección de derechos fundamentales debe ser estudiada en cada caso concreto, pues el término que se ha dado para cumplir con este requisito debe ser razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran causaron la vulneración de derechos fundamentales. Y se debe además tomar en consideración las particularidades que ofrece cada caso en concreto. Esto con el de evitar que el trascurso del tiempo desvirtúe una posible violación de derechos fundamentales o reste urgencia a la necesidad de protección en caso de que se invoque un supuesto perjuicio irremediable. (...)*

*PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA*

*Sentencia 2015-02961 del 4 de febrero de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés:*

*El principio iura novit curia garantiza la efectividad del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia, en tanto permite que el juez resuelva de fondo un asunto según el ordenamiento que conoce, a pesar de que las partes hayan errado en formularlo, puesto que ese aforismo no solo implica la presunción de que el operador jurídico lo conoce, sino que le impone a éste la obligación de investigar el derecho aplicable, y de aportarlo al proceso de oficio. (...)*”

#### **PRINCIPIO DE LA EFICACIA REAL Y NO FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

*Sentencia 2012-00243, 26 de septiembre de 2012, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila:*

*La eficacia de los derechos constitucionales es entonces un rasgo definitorio del Estado colombiano. El principio de eficacia indica que la mera consagración retórica de un derecho, aunque necesaria, no constituye por sí misma una garantía el mismo, si la persona no cuenta con los instrumentos jurídicos para perseguir la satisfacción de su contenido o para lograr el goce efectivo del derecho. (...)*” (MEDELLÍN, 2017 p. 6, 8, 10, 26 ) (Cursiva fuera de texto).

*“La doctrina mayoritaria tanto nacional como europea recoge los anteriores planteamientos: Así, el concepto de las medidas cautelares se encuentra íntimamente ligado a uno de los principios básicos que informan a la justicia administrativa, el de la eficacia, eficacia que pretenden todas las resoluciones judiciales. Estas medidas son la forma en que se pueden detener los efectos perniciosos que se generen, bien sea de la actuación administrativa (promulgación de los actos administrativos) o bien la*

*inacción que implica el no ejercicio de un deber jurídico por parte de la administración.” (ESPINOZA, 2005 p. 251) (Cursiva fuera de texto)*

Ahora bien, los principios mencionados en precedencia van de la mano con la nueva dinámica de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, C.P.A.C.A, a lo cual es importante resaltar:

*“(…) La dinámica de la Ley 1437 de 2011 exige un cambio en la concepción de la actividad judicial pues el nuevo ordenamiento genera más poderes al Juez Administrativo, el operador judicial que concibe la Ley 1437 de 2011 no solo debe realizar la tradicional función de resguardo de la legalidad, sino que debe inmiscuirse en la defensa de los principios de la Constitución Política, ello es, adaptándose “criterios similares a los contenidos en las normas que regulan las llamadas acciones constitucionales (…)*

*(…) Por ello, si bien resultan loables los propósitos de la Ley 1437 de 2011, la expectativa que genera no debe llamar a engaños a la comunidad jurídica (pero sobre todo al ciudadano), sin un verdadero compromiso estatal. De nada sirve la implantación de nuevas normas frente el déficit de justicia administrativa, el desequilibrio de la participación de la Rama Judicial en el Presupuesto General de la Nación o el desbalance del número de Jueces Administrativos por número de habitantes en el país (…)*

*(…) La ley 1437 de 2011 cimienta su teleología procesal en la resolución de conflictos en sede administrativa, siendo la excepción el tener que acudir al aparato jurisdiccional. Ello responde a la lógica misma de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pero también a la de las instituciones de derecho administrativo que en forma similar, tienen un destino trágico (…)*

*(…) A diferencia del derecho civil, donde permanecen intactas ciertas instituciones que emanan en su mayoría del derecho romano (v.g. la*

*propiedad), en el derecho administrativo cuando se modifica el sistema político económico, también cambian las instituciones de derecho administrativo. Por ejemplo, el concepto de “servicio público” no es el mismo de hace 50 años, y mucho menos el que concibieron los revolucionarios franceses (...)*

*(...) Y si bien lo ideal es que la administración funcione sin control, o al menos, que el control sea mínimo o residual, no serán pocos los casos donde el ciudadano tenga que acudir al aparato judicial buscando una solución pronta y eficaz. La eficacia de la Administración de la justicia contenciosa es la esencia de la inclusión de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; las decisiones judiciales no solo deben ser acordes a la realidad procesal, ajustadas a derecho y fundadas en pruebas legalmente recaudadas, si no también deben ser oportunas (...)*

*(...) La consolidación de medidas cautelares al interior del proceso ordinario no obedece a un capricho del legislador, sino al respeto riguroso de la tridivisión de poderes, ya que el deber de la J.C.A. es la de ejercer el control judicial de la administración, sin imponer órdenes previas a la actuación definitiva de la administración generada en un acto, hecho, contrato u operación administrativa (...)*

*(...) La imposición de medidas cautelares en el proceso ordinario contencioso administrativo debe partir de la premisa de no suplantación de los poderes de la administración; en ello, el C.P.A.C.A. fue cuidadoso, no solo asignando al Juez una valoración rigurosa de la motivación de la medida, un análisis de ponderación de intereses, imponiendo requisitos rigurosos y la prestación de caución, amén de que tratándose de decisiones discrecionales de la administración, el juez no toma la decisión, pero si ordena su adopción dentro de un plazo prudencial según la urgencia y necesidad de la medida (...)*

*Ahora bien, la natural consagración legislativa de rigurosos requisitos tendiente a que se proteja de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad del mismo derecho que es controvertido en sede judicial, pone en serias dudas la finalidad del legislador que no fue otro que el de fortalecer los poderes del Juez Contencioso administrativo (...)*

*(...) Ello implica determinar si resulta coherente con el ordenamiento constitucional el que se permita proteger preventivamente un derecho antes de que se dicte una providencia que resuelva concluyentemente un asunto, teniendo en cuenta su conexión con dos posibles extremos: (i) la necesidad de diligencia y eficiencia dentro de la administración de justicia y (ii) el derecho de defensa y el debido proceso del sujeto pasivo de la medida el exigírsele una conducta, sin existir sentencia definitiva (...)*”  
(GARCÍA, 2014 p. 368, 369) (Cursiva fuera de texto).

De conformidad con lo anteriormente expuesto, no cabe duda alguna que el CPACA otorgó facultades amplias al juez contencioso para buscar una defensa real y efectiva de los derechos invocados en el medio de control de nulidad electoral, lo que a primera vista refleja dos componentes fundamentales: 1. Un mayor acercamiento del juez contencioso administrativo al proceso, una amplia interacción con las partes y un mayor poder de decisión ante medidas previas que garanticen realmente los derechos reclamados y, 2. una garantía eficaz e inmediata para los sujetos procesales en el entendido de que ante la interposición de una medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo, existe una mayor posibilidad de que prospere y por ende se suspendan los efectos jurídicos del (os) acto (s) administrativo (s) que se pretende (n) controvertir en vía judicial.

*“La oportunidad de las decisiones como justificante de las medidas cautelares fue el aliciente e impulsor de procesos relacionados con la defensa de derechos colectivos. De hecho, en buena medida, las pretensiones constitucionales sirvieron para mitigar las insuficiencias en*

*materia de medidas cautelares existentes en el C.C.A.” (GOMEZ M. F., 2011 p. 340) (Cursiva fuera de texto)*

*“En efecto, la exitosa experiencia en materia de ejecución de medidas cautelares al interior de procesos relacionados con la defensa de derechos e intereses colectivos, condujo a que en vigencia del C.C.A. no en pocas oportunidades las partes involucradas en un conflicto desecharan las vías ordinarias, para acudir a pretensiones constitucionales no solo en razón a la celeridad que se predica de las mismas, sino a la amplitud de poderes con el que cuenta el Juez Popular.” (HENAO, 2009 p. 159) (Cursiva fuera de texto)*

En efecto, las medidas cautelares en la ley 1437 de 2011 implicaron constitucionalmente:

*“Las medidas cautelares que trae la Ley 1437 de 2011 son el más amplio poder del operador judicial al interior del proceso contencioso administrativo. Resultan ser una verdadera novedad dentro de la tradición contenciosa nacional que solo contemplaba como cautela, la suspensión provisional en el trámite de los procesos ordinarios de que conoce la J.C.A colombiana.*

*Si bien su consagración es del orden legal, el régimen cautelar contencioso administrativo tiene raíz constitucional en el acceso a la tutela judicial efectiva, postulado inherente a la función judicial, dentro de los límites de la regulación establecida en el nuevo ordenamiento.*

*En efecto la resolución de conflictos es una garantía institucional que se trae en el preámbulo de la Carta y que se solidifica en los artículos 228 y s.s. cuando se anota que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. (GARCÍA, 2014 p. 369) (Cursiva fuera de texto).*

El Consejo de Estado en sentencia de 22 de junio de 2011, con radicado N° 76001-23-000-1996-02876-01 (19.311) expresó al respecto:

*“(...) las medidas cautelares constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantizan la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuyen a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que aseguran que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces. (...)”* (Cursiva fuera de texto).

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996 manifestó:

*“(...) El marco del Estado Social de Derecho definido en la Constitución Política no sólo exige la enunciación formal del derecho a la administración de justicia, sino la protección real desde el punto de vista material. Ello implica que el derecho a la administración de justicia no queda agotado cuando formalmente existan jueces que resuelven las causas que se les pone de presente o cuando se da la posibilidad al ciudadano de que su conflicto deba ser conocido por los operadores judiciales, sino que estos deben ir mas allá haciendo que los derechos de los ciudadanos sean realmente efectivos. Para la Corte Constitucional, ello implica no solo el reconocimiento, sino el reforzamiento del dinamismo judicial, ...pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. (...)”* (Cursiva fuera de texto).

*“(...) En tal sentido avizoramos una amplia justificación constitucional en la incorporación de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, que no es otra -por mandato mismo de la Carta- que la instrumentalización de herramientas que permiten la efectividad de los*



*derechos de los ciudadanos y la oportunidad de las decisiones. Como bien lo citaba la sentencia factorame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de Junio de 1990, rememorando a CHIOVENDA:” la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón” (...)* (GARCÍA, 2014 p. 370) (Cursiva fuera de texto).

Así las cosas, en la Ley 1437 de 2011, se dio un giro en cuanto al régimen sustancial y procedimental aplicable a las nulidades electorales en Colombia, lo cual cambió la “acción de nulidad electoral” como ya se conocía anteriormente por “medio de control de nulidad electoral”. Es así, que en el artículo 139 del C.P.A.C.A. establece:

**“ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL.** *Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

*En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.*

*En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.”* (Cursiva fuera de texto).

Tal como queda expuesto, entonces, al ampliar el campo de acción al juez administrativo para poder decidir de una manera más flexible y no tan rigurosa sobre la suspensión provisional de los actos administrativos de carácter electoral con la entrada en vigor del C.P.A.C.A, es preciso recordar:

*“(...) Los pasos iniciales de control previo de la actuación de la administración se dieron con la presencia de la única medida cautelar existente al interior del Decreto 01 de 1984; la suspensión provisional de los actos administrativos, no obstante, cuando se verificaban los requisitos de la misma, se advertían rigurosos, y en tal sentido, poco aplicables en la práctica, salvo contados casos donde se evidenciaba la flagrante y manifiesta vulneración de las normas que debería fundarse.*

*En efecto el artículo 152 del C.C.A. establecía que la suspensión provisional era una medida cautelar de carácter material que, con su decreto, suspendía el atributo de la fuerza ejecutoria de que goza el acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se podían conculcar con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad cuestionaba. No obstante, su aplicabilidad estaba supeditada a la vulneración del ordenamiento en forma clara, ostensible, flagrante y manifiesta (...).*

*(...) Fuera del rigor que implicaba la aplicación de la suspensión provisional en el C.C.A. en la medida en que como ya se dijo, requería de una manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, lo que la hizo inviable en la práctica, el Consejo de Estado, (24 de Julio de 1992, Auto 752) siguiendo el tenor literal de la norma que regulaba en el Código de 1984, consideró que la solicitud no podía formularse después de admitida la demanda, lo que representa un contrasentido en la labor del juez ya que después de admitida la demanda era cuando éste tenía mayores elementos probatorios a las normas en que se fundaba; el contrasentido de la anterior medida era evidente si se tenían*

*en cuenta casos donde solo hasta la etapa probatoria o con la contestación de la demanda se allegaban normas de orden local que sirvieron de fundamento al acto administrativo (...)*

*(...) Los reproches anteriores no significan que en la Ley 1437 de 2011 desaparezca la suspensión provisional, solo que su procedencia es regulada en forma más laxa en el nuevo ordenamiento (...)*". (GARCÍA, 2014 p. 377, 378) (Cursiva fuera de texto).

Ahora bien, respecto a las medidas cautelares que fueron plasmadas en la ley 1437 de 2011 y que otorgaron amplias facultades al juez administrativo, es importante conocer todos y cada uno de los fundamentos legales, entre los cuales se destacan:

**“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.** *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.*

**ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

**PARÁGRAFO.** Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

**ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como

*violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

*En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:*

- 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.*
- 3. 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.*
- 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 serían nugatorios.*

**ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** *La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.*

*El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.*

*Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el*

*curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.*

*El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.*

*Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.*

*Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.*

**ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA.** *Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.*

*La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta. (Cursiva fuera de texto).*

Cabe precisar que el procedimiento para las distintas clases de medidas cautelares que proceden cuando se demanda un acto administrativo ante la J.C.A. es el que se determina en el artículo 233 enunciado anteriormente,

excepcionando el decreto de medidas cautelares de urgencia tal y como en el artículo 234 ibidem.

Ahora bien, con este amplio catalogo de medidas, es preciso establecer que las medidas bien sean preventivas, conservativas, anticipativas y/o suspensivas, pueden interponerse en cualquier etapa procesal, lo que diferencia ampliamente como se venía operando en el C.C.A.

A propósito de las medidas cautelares que en el C.P.A.C.A. fueron ampliadas, podemos determinar:

*“ (...) Las primeras (preventivas) buscan evitar la consolidación de un daño contingente o hacer cesar la amenaza o peligro que eventualmente éste conllevaría, cumpliendo entonces la misma finalidad de la suspensión provisional en materia de actos administrativos, pero ampliando sus propósitos cuando la causa del daño sea un hecho o una omisión admistrativa (...)*

*(...) Las medidas cautelares conservativas se caracterizan por restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible, es decir mantener el statu quo anterior a la actuación administrativa (...)*

*(...) Las medidas cautelares anticipativas, permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro que esa anticipación no puede ser de tal naturaleza que la situación en la que el demandante se convierta en irreversible en caso de perder el proceso.*

*(...) las medidas suspensivas las establece el numeral 2 del artículo 230 del C.P.A.C.A., dando al juez la posibilidad no solo de suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, sino, aún más, de hecerlo sobre un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual: Las medidas cautelares podrán ser preventivas,*

*conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.(...)*

*(...) Así las cosas, la medida judicial debe ser la última ratio, ya que si, v.g., no se han agotado todas las instancias de participación dentro del proceso administrativo (v.g. adendas, recursos, e.t.c.), la medida de suspensión sería del todo improcedente. Verificadas estas condiciones y ante la inminencia de su decreto, el operador debe indicar las condiciones o pautas que deba observar la administración para que pueda reanudar la actuación administrativa suspendida. Entendemos que la finalidad de la Ley 1437 de 2011 en materia de medidas cautelares es que se reconozcan las mismas como una realidad operante en pretensiones constitucionales, que se reglen y se establezca una gama amplia de requisitos que impidan que los jueces desborden sus atribuciones.(...) (GARCÍA, 2014 p. 380, 381, 382)*

No obstante, es necesario mencionar que el juez debería asumir un rol diferente, de conformidad con las experiencias de otros países como Francia, el cual cuando se demandan estos actos administrativos, es porque realmente se pretende una tutela judicial efectiva que proteja a los administrados y sus derechos.

Sobre este asunto, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 25.1 menciona:

*“El Tribunal ha señalado que ‘el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la*



*Constitución o en las leyes. [...] Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho”. (Cursiva fuera de texto).*

Tal como queda expuesto, entonces, podemos establecer sobre las medidas cautelares en materia electoral el siguiente panorama:

*“Resultan justificables los rigurosos requisitos establecidos para conceder o no medidas cautelares en los procesos ordinarios que adelanta la J.C.A. ya que con los mismos se resuelve la tensión entre (i) la oportunidad de las decisiones judiciales como forma de garantizar la tutela judicial efectiva y (ii) el respeto de defensa y debido proceso del sujeto pasivo de la medida.*

*La exitosa experiencia en materia de ejecución de medidas cautelares al interior de procesos relacionados con la defensa de derechos e intereses colectivos condujo a que no en pocas oportunidades las partes involucradas en un conflicto desecharan las vías ordinarias, para acudir a pretensiones constitucionales no solo en razón a la celeridad que se predica de las mismas, sino a la amplitud de poderes con el que cuenta el Juez Popular.*

*El estado del arte actual en materia de pretensiones constitucionales ha generado que en algunas oportunidades los jueces deban asumir un papel que no debe corresponderles como el de fijar la política pública, lo que ocurre, no por convicción propia sino en respuesta a una necesidad impuesta ante los reclamos de los ciudadanos y la desidia de la administración.*

*La consolidación de medidas cautelares al interior del proceso ordinario tiene raíz constitucional en el acceso a la tutela judicial efectiva y a la oportunidad de las decisiones; la existencia de una amplia gama de requisitos para su imposición no obedece a un capricho del legislador, sino al respeto riguroso de la tridivisión de poderes, ya que el deber de la J.C.A.*

*es el de ejercer control judicial de la administración, sin imponer órdenes previas a la actuación definitiva de la administración generada en un acto, hecho, contrato u operación administrativa.*

*El juicio de proporcionalidad legítima la restricción de un derecho fundamental, como el debido proceso del sujeto pasivo de una medida cautelar en materia contenciosa administrativa, en tanto se superen sus etapas: objeto constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y “proporcionalidad de éxito”*

*Si una pretensión tiene apariencia de éxito, también puede tener la misma perspectiva de prosperidad, la anticipación del derecho reclamado o la procedencia de cualquier otra medida, por lo que excepcionalmente es dable otorgar en forma provisoria un derecho reclamado, sin que el demandado haya sido vencido en juicio.” (GARCÍA, 2014 p. 389, 390) (Cursiva fuera de texto).*

## **2.2 Facultades al Juez Contencioso administrativo para la procedencia del decreto de medidas cautelares que suspenden el acto administrativo frente a la ley 1437 de 2011.**

En cuanto al rol del juez contencioso administrativo en su labor judicial debemos mencionar la importancia que su labor trae:

“La doctrina y la jurisprudencia aceptan que las normas, dado su carácter general y abstracto, carecen de un único sentido, por lo cual su entendimiento debe estar precedido de un proceso de explicación e interpretación en el que cobra importancia la actuación de los tribunales judiciales. Es común en las estructuras judiciales que las constituciones creen tribunales de la más alta jerarquía para hacerlos responsables de determinadas funciones, bien sea administrativas o judiciales, entre éstas la de servir como órganos de cierre y, por lo tanto, encargados de “decir

el derecho al más alto nivel.” (RODRIGUEZ, 2016 p. 49) (Cursiva fuera de texto).

Así las cosas, con este régimen, podemos evidenciar que el artículo 229 del C.P.A.C.A. y s.s. traen una amplia gama de medidas cautelares incluyentes y no excluyentes que en principio otorgan una garantía mas extensa en cuanto a la protección inmediata en el derecho que se pretenda hacer valer en la jurisdicción contenciosa administrativa. A lo anterior cabe agregar:

“(...) **Primero**, establece con claridad que las medidas puede intentarse en cualquier etapa del proceso, con lo cual se rompe el viejo paradigma existente en el derecho procesal, de que las mismas deben interponerse antes de que se trabe la litis, pero más aún en lo contencioso administrativo donde la suspensión provisional solo podía intentarse hasta la admisión de la demanda.(...)

(...) **En segundo lugar**, las medidas operan no solamente para procesos ordinarios, sino en extensión para pretensiones de protección de derechos colectivos (vía pretensiones populares) y derechos fundamentales (vía tutela), tema que no era desconocido en el ordenamiento nacional, pero que ahora se rigen también, no solo por lo manifiesto en la Ley 472 de 1998 y el Decreto-Ley 2591 de 1991, sino por la Ley 1437 de 2011, lo que le da cierto orden y sistematización a su decreto y práctica, en tales procesos.(...)

(...) **En tercer lugar**, las medidas son eminentemente provisorias y su decisión no implica prejuzgamiento en razón a su naturaleza eminentemente temporal, elemento homogéneo en todas las legislaciones que lo contemplan. (...)

(...) **En cuarto lugar**, las medidas cautelares no proceden en forma oficiosa sino a petición de parte, lo que las diferencia con las que decreta el juez en sede popular o en sede de tutela, donde se mantiene la facultad oficiosa. (GARCÍA, 2014 p. 379) (Cursiva, subrayas y negrillas fuera de texto).

Téngase presente que la suspensión judicial de los actos administrativos no es la única medida cautelar que se adoptó en la ley 1437 de 2011, toda vez que, se incorporó un catalogo amplio de medidas. Al respecto es necesario resaltar que:

*“La conceptualización de la suspensión de actos administrativos en vigencia del nuevo C.P.A, y C.A., recoge las experiencias doctrinal, legislativa, constitucional y jurisprudencial por la que ha pasado la institución jurídica a través del tiempo como hemos comentado ut supra, pero a la vez, vuelve los ojos a la jurisdicción ordinaria, especialmente ius-civilista para extender el ejemplo y profundidad con la que se ha manejado a las medidas cautelares en el proceso civil desde mucho tiempo atrás, para transpolar la teoría general y especial de las medidas ius-civilistas al proceso contencioso administrativo.*

*Este aspecto se plasma en doce artículos que regulan las medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión. Tanto en procedencia, contenido y alcance, requisitos para decretarlas, exigencia de la caución para la mayoría, el procedimiento de adopción de la medida, las medidas de urgencia; levantamiento, modificación o revocatoria de las medidas cautelares; recursos contra el auto que las decreta o niega; la prohibición de la reproducción del acto suspendido o anulado; régimen de responsabilidad y sanciones para solicitantes y autoridades que deben acatar y cumplirlas.*

*Ahora bien, el régimen de las medidas cautelares reguladas por el legislador de 2011 es amplio y pormenorizado.”* (GÓMEZ, 2016 p. 458, 459) (Cursiva fuera de texto)

Por su parte el Consejo de Estado (Sentencia N° radicado 2012-00048-00), en cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos dentro del medio de control de nulidad electoral declaró:

*“(...) La Ley 1437 del 18 de enero de 2011, reguló como capítulo específico (Capítulo IX) lo relacionado con las medidas cautelares, calificándolas según su contenido, como preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.*

*El artículo 230 ejusdem, enumeró las medidas cautelares que el juez puede decretar, las cuales proceden por solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, incluso antes de notificarse el auto admisorio, siempre que el operador jurídico las considere **necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia** -sin que dicha circunstancia pueda considerarse como prejuzgamiento-, y advierta una **relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda**, a la luz de la sustentación que realice el petente.*

*La medida relacionada con la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo según las voces del artículo 231 del mismo estatuto, procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.*

*La nueva norma precisa entonces que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas,***

*surge*<sup>2</sup>, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** 2º) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el C.P.A.C.A. de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior C.C.A. -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

---

<sup>2</sup> Según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Para un mayor análisis consultar: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

*De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.*

*Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba. (...) (Cursiva fuera de texto) (subrayas y negrillas propias).*

En el mismo sentido el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante auto de 19 de diciembre de 2016, con radicado 11001-03-28-00-2016-00081-00, Consejera Ponente Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez dijo:

*“(...) La medida cautelar nació entonces, como un mecanismo jurídico preventivo, establecido por el legislador con fundamento constitucional, con el objetivo de proteger y garantizar el objeto del proceso y evitar que*

las sentencias tuvieran un efecto inocuo e inane frente a los derechos que el demandante considera afectados.

Teniendo de presente los aspectos generales de las medidas cautelares es importante profundizar frente a éstas en los medios de control de lo contencioso administrativo, para lo cual el Despacho retoma lo dicho en ocasión pretérita, cuando se señaló que:

“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo-11 y luego en la Carta de 188612, a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

(...) Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “Suspensión Provisional”<sup>13</sup>, las cuales como se indicó se clasificaron según su naturaleza en preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama. (...)

(...) Se encuentra entonces, que la Ley 1437 de 2011 – CPACA, estableció una amplia gama de medidas cautelares, que pueden ser aplicadas de oficio o a solicitud de parte con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas se encuentran las (i) preventivas, destinadas a impedir que se consolide una afectación al derecho del cual se busca su protección; (ii) conservativas, este tipo de medidas buscan mantener o resguardar un statu quo ante; (iii) anticipativas, en donde se procura satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el actor, y que encuentra su



justificación en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el demandante, y de (iv) suspensión que consiste en una cesación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Es preciso destacar que el CPACA no establece un número limitado o taxativo de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el Juez, por el contrario, se trata de un procedimiento flexible con el que se busca, en definitiva, adoptar decisiones inmediatas, las cuales pueden ser de cualquier tipo, con el fin de satisfacer las necesidades que surjan con una situación en específico (...)

(...) El CPACA en su artículo 231 estableció los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en general y, en forma separada, de la suspensión provisional, frente a ésta última, indicó que es procedente decretarla cuando se advierta la violación de las normas invocadas, sea a partir de su confrontación con el acto demandado, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, y también señaló que en caso de pretenderse el restablecimiento de algún derecho e indemnización de perjuicios, éstos deberán probarse al menos sumariamente, sin que ello implique prejuzgamiento.

En cuanto a las medidas restantes, dicha normativa estableció que deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la demanda esté fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho invocado; (iii) 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; y (iv) que se cumpla una de las siguientes condiciones: “a) que al no otorgarse, se cause un perjuicio irremediable; y b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia sean nugatorios. (...)”

Adicionalmente, la Ley 1437 de 2011, otorgó facultades supra al juez y/o magistrado contencioso en el evento de decretar medidas cautelares de urgencia, de conformidad con el artículo 234 del C.P.A.C.A. ibidem, que busca que una vez sea conocido el proceso y se evidencie una vulneración ostensible de los derechos e interés colectivos y, la parte no la haya solicitado, el director del proceso podrá de oficio o a petición de parte decretarlas, aún sin la exigencia de constitución de caución para que proceda la medida, lo que genera en muchos casos una seguridad y una garantía judicial en cuanto a la protección y tutela real y efectiva de los derechos incoados en el proceso.

### **2.3 CRITICA Y APOORTE AL DECRETO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE ELECCIÓN**

Una vez analizado el contexto normativo de las medidas cautelares a la luz del Código Contencioso Administrativo (CCA) y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), es imperioso revisar la forma como está operando el decreto de la suspensión provisional del acto administrativo de elección en la Sección Quinta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Boyacá; para posteriormente manifestar que aunque en el sistema anterior parecía innecesaria la regulación de la suspensión provisional del acto de elección como medida cautelar; en la actualidad con el CPACA se demuestra que se trata de una medida cautelar cuya regulación es necesaria y útil en la que se materializa la tutela judicial efectiva y concretamente el derecho fundamental de acceso a la justicia. Por otro lado, y como más adelante se verá, es criticable la postura del Consejo de Estado en el sentido de determinar que el traslado de la solicitud de medida cautelar es autonomía del juez concederlo o no. Por último, compartimos la interpretación consistente en que los recursos proceden no solamente cuando se concede la medida cautelar sino también cuando se niega.

En ese orden de ideas, procedemos a revisar los autos de la sección quinta del Consejo de Estado y del Tribuna de Boyacá en los que se Decretó la medida cautelar de

suspensión provisional del acto de elección del alcalde de Cartagena y de una concejal de la ciudad de Tunja, respectivamente.

El auto de la Sección quinta del Consejo de Estado con radicado No 13001-23-33-000-2018-00394-01, del 2 de agosto de 2018, MP Alberto Yepes Barreiro, en el que se resolvió el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto del 24 de mayo de 2018 a través del cual admitió demanda de nulidad electoral de la elección del Alcalde electo de Cartagena período 2016-2019 y en el que se decretó la suspensión provisional del acto de elección, confirmando la decisión de primera instancia. Dentro de los argumentos del alto tribunal se encuentran los siguientes:

*“Para resolver sobre este punto, debe recordarse que, tratándose del proceso electoral, la norma que regula lo relacionado con el trámite de la medida cautelar es el artículo 277 del CPACA, el cual en el aparte pertinente señala:*

*“En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación”.*

*Como puede observarse, a diferencia del proceso ordinario, el legislador no previó, al menos no de manera explícita, que en los procesos electorales debiera correrse traslado de los fundamentos de la medida cautelar a la parte contraria, toda vez que la norma se limita a definir la competencia para proferir la decisión y regular lo relacionado con el recurso procedente. Por ello podría concluirse, en principio, que dicho trámite está proscrito de los procesos electorales.*

*No obstante, no puede perderse de vista que las normas especiales del proceso electoral en su artículo 296 del CPACA también ordenan que “En*

*lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”.*

*De hecho, del análisis de esta disposición, podría arribarse a la conclusión totalmente contraria, esto es, que el traslado de la medida cautelar, sí es posible en los procesos electorales, debido a que aquella es plenamente compatible con su naturaleza.*

*Bajo esta disyuntiva fueron dos las posiciones que se acuñaron en el órgano de cierre en materia electoral, una que abogada por interpretar exegéticamente el artículo 277 del CPACA y, por ende, sostenía que no era posible dar traslado de la medida cautelar y otra que propendía por dar aplicación al artículo 233 ibidem, toda vez que este en nada riñe con la naturaleza del medio de control previsto en el artículo 139 ejusdem. De lo anterior dan cuenta las providencias proferidas en los años 2012 a 2014 y sus respectivas aclaraciones de voto en las que se defendía una y otra posición.*

*Sin embargo, en la actualidad la Sección Quinta entiende que dicho trámite no es obligatorio, ni imperioso y que, por consiguiente, corresponde a cada autoridad judicial decidir si da aplicación al artículo 233 del CPACA cuando le corresponda resolver sobre una medida cautelar solicitada en un proceso electoral o, si, por el contrario, resuelve de plano esta solicitud.*

*Si esto es así, no cabe duda que no puede existir ningún reproche por el hecho de que en el caso concreto no se hubiese dado traslado al demandado de los fundamentos de la medida cautelar, toda vez que no existía obligación de hacerlo, pues dicho trámite en los procesos electorales se surte bajo los principios de independencia y autonomía del juez”.*

En el mismo sentido, la sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante auto de radicado No 1500123330002019 00579 00, del 18 de noviembre de 2019, Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros, se pronunció sobre la admisión de la demanda de nulidad electoral y la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de Karen Lucía Molano Granados, concejal electa del Municipio de Tunja período constitucional 2020-2023, procediendo a decretar la suspensión provisional del acto de elección, bajo los siguientes argumentos:

*“A su turno, el artículo 231 del CPACA prevé los requisitos para que proceda la suspensión de los efectos del acto administrativo, en los siguientes términos:*

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.*

Citando la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló *“Ahora, con relación a las condiciones de procedencia de la suspensión provisional se ha concluido por parte de esta sección:*

*“De esta manera, lo que en el nuevo código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la*

*solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar a juez administrativo para que, desde ese momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2) que también pueda **estudiar** las pruebas alegadas con la solicitud”.*

Como los anteriores autos y con la entrada en vigencia del CPACA se ha venido decretando la medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección en actos de elección diferentes a aquellos que surgen de elecciones por voto popular como es el caso de la elección del Contralor del Neiva mediante auto de la Sección Quinta del Consejo de Estado No 41001-23-33-000-2016-00059-01, del 16 de junio de 2016, C.P Rocío Araujo Oñate; en el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la decisión adoptada el 5 de abril de 2016, por la cual el Tribunal Administrativo del Huila e el que se negó la suspensión provisional; revocado la decisión y en su lugar decretando la medida cautelar bajo los siguientes argumentos:

*“Respecto a este cargo, la Sala advierte que, para el proceso de nulidad electoral en materia de suspensión provisional, el legislador estableció reglas en relación con a oportunidad de presentación de la solicitud de medida cautelar, con el momento procesal para decidir la solicitud, así como la competencia para resolverla, ya sea por el juez, sala o sección, según corresponda. Sin embargo, esta norma no estableció una regla sobre la obligatoriedad de correr traslado de dicha solicitud, lo cual tampoco es óbice para que e funcionario judicial, si a bien lo tiene, proceda a realizarlo, por lo que no se incurre en ningún tipo de violación si dicho traslado no es concedido por el juez o magistrado conductor del proceso”.*

En seguida, consideramos importante relacionar la explicación del marco normativo de la medida cautelar de suspensión provisional que mediante algunos autos de la Sección Quinta del Consejo de Estado se niega las solicitudes de suspensión provisional ya que nos permite analizar de una mejor manera la medida cautelar y hacer nuestro aporte y crítica.

Consejo de Estado, Sección Quinta, radicado 11001-03-28-000-2018-00133-00, 15 de noviembre de 2018, CP. Carlos Enrique Moreno Rubio, las consideraciones fueron las siguientes:

*“De manera concreta, en punto de nulidad electoral el artículo 277 de precitada normativa estableció que la solicitud de suspensión provisional debe elevarse en la demanda y que aquella debe resolverse en el auto admisorio.*

*Sin embargo, esta misma sala de decisión ha aceptado que no necesariamente la medida cautelar debe presentarse en el texto mismo de la demanda, sino que, tal y como se permite en los procesos ordinarios puede ser presentada en escrito anexo a esta, pero siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad.*

*De manera concreta y en oportunidad anterior se estableció:*

*En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción a ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello puedan emplearse los medios de prueba aportados por el interesado”.*

Consejo de Estado, Sección Quinta, radicado 76001-23-33-010-2018-00589-01, 26 de julio de 2018, CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, las consideraciones fueron las siguientes:

*“hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el artículo 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.*

*De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.*

*Por otra parte, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar se toma en el auto admisorio, lo cual evidencia la misma efectividad que aquellas medidas catalogadas como de urgencia por el artículo 234 del CPACA”.*

Consejo de Estado, Sección Quinta, radicado 11001-03-28-000-2018-00628-00, 07 de febrero de 2019, CP. Alberto Yepes Barreiro, las consideraciones fueron las siguientes:

*“La suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA en estos términos:*

*“**Artículo 231.-** Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional*



*de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)*”.

*Lo anterior significa que, por disposición legal, la parte demandante debe sustentar la petición de medida cautelar para lo cual puede: (i) invocar, nuevamente, las normas que señala como desconocidas en su demanda; (ii) presentar otros argumentos distintos pero que complementen los formulados en la demanda o (iii) expresar clara y concretamente, que para ese efecto se remite a los motivos expuestos en el concepto de la violación.*

*Esta postura no es aislada, toda vez que “esta sección en diferentes oportunidades ha dejado claro que sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal. Ello toma mayor relevancia cuando se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo. Para que sea suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de a confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte”.*

Pues bien, la crítica que realizamos a la Sección Quinta del Consejo de Estado radica en que dejan a la autonomía e independencia del Juez (singular o plural) conceder el traslado de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección ya que no está acorte con las demás interpretaciones que de manera integral ha venido dando el Consejo de Estado como por ejemplo cuando enlaza el artículo 231 con el inciso final del artículo 277 del CPACA en el sentido de permitir que la solicitud de suspensión se realice con la demanda o en escrito separado; y cuando cita además el artículo 296 del CPACA que dispone “*En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones*

*del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral*". Considero que el traslado de la solicitud de la suspensión provisional se debe otorgar en todas las solicitudes como una forma de materializar la tutela judicial efectiva la cual es una de las bases de la reforma al Código Contencioso Administrativo, tal como lo señaló en el "Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011", la Magistrada del Consejo de Estado, Ruth Stella Correa Palacio:

*"La determinación del objetivo de la modificación a la segunda parte del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, condice indefectiblemente a la búsqueda de la tutela judicial efectiva, derecho con rango fundamental constitucional conforme lo han reconocido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, entendido de una parte como el derecho de toda persona a acudir a la administración de justicia y 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 y dentro de un plazo razonable y de otro lado, como el deber del Estado de prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz e éste ámbito"* (pág. 79).

En cuanto a la procedencia de recursos contra el auto admisorio de la demanda electoral (el cual conlleva la decisión de conceder o negar la suspensión provisional) y tal como se titula el artículo 277 del CPACA "contenido del auto admisorio de la demanda", pareciera indicar que procede únicamente cuando se concede la medida o admite la demanda; por lo que en nuestro parecer no debe ser esa la interpretación sino que también debe proceder cuando se niega la solicitud de medida cautelar como bien lo señala al criticar el numeral 2 del artículo 243 del CPACA Gustavo Quintero Navas:

*"Ahora bien, la interpretación en el sentido de que el recurso de apelación solo procede cuando se conceden las medidas cautelares, violenta el*

*principio de igualdad de armas de las partes dentro del proceso contencioso administrativo. La razón de ser de la jurisdicción Contencioso Administrativa es de control judicial de los actos administrativos en los que la administración pública despliega su potestas, los poderes inherentes al Estado y señala conductas, ejerce coerción y expide decisiones vinculantes unilaterales, que afectan la situación particular de los asociados”.*

*“En esa línea tampoco podría aducirse que por que la ley procesal se refiera, algunas veces a la expresión, decretar las medidas cautelares, y en otras a negarlas, quiere ello significar que el primer enunciado envuelva siempre una decisión de contenido favorable, por oposición a otro, de claro contenido desfavorable. Lo que verdaderamente ha querido señalar aquí el legislador es, de forma expresa, cuáles son los medios de impugnación que proceden contra las decisiones de contenido desfavorable que tienen una especial trascendencia en los procesos, dentro de su libertad configuración normativa. En esos eventos, se establecen tales previsiones manifiestas con motivo en un marcado interés de maximizar la eficacia de tal o cual garantía procedimental, que podría verse afectada si los medios de impugnación en contra de las determinaciones que los resuelven desfavorablemente nos consagran como explícitos en el ordenamiento jurídico en concreto.” (Socorro, M. 2017, Pág. 161-162)*

Por último, se resalta la importancia de no solamente de la existencia de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional sino de las modificaciones realizadas ya que, a diferencia del Código Contencioso Administrativo en el que se trataba de una figura en papel pues en la práctica en ningún proceso se decretaba la medida por temor del juez a prejuzgar; mientras, que con el nuevo código como ya se vio en los autos antes citados (suspensión del acto de elección del Alcalde electo de Cartagena, la concejal de la ciudad de Tunja y el Contralor de Neiva); se ha venido decretando esta medida cautelar materializando de esta manera la tutela judicial efectiva. Por eso resaltamos la vigencia que ahora tiene esta figura procesal y compartimos lo dicho por el ex Magistrado del

Consejo de Estado en el “*Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011*”:

*“No puede olvidarse que las actuaciones y relaciones entre las administración pública y los ciudadanos se rige fundamentalmente por el actual Código Contencioso Administrativo, que en su esencia, no obstante las modificaciones parciales sufridas, se encuentra contenido en el decreto ley 01 de 1984, es decir, en un compendio normativo expedido durante a vigencia de la anterior Constitución Política de 1886, de corte eminentemente orgánico, preocupado fundamentalmente por la protección de las estructuras y órganos, situación que de alguna manera contrasta con la orientación personalista, principialista y proteccionista de los Derechos Humanos, propia de la actual Constitución, circunstancia que por si misma justifica con creces la necesidad de introducir cambios sustanciales en las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos y contencioso administrativos” (Pág. 31).*

#### **2.4 Argumentos Finales o Conclusiones.**

Una vez abordados los dos regímenes respectivos, es decir el Decreto 01 de 1984 y la Ley 1437 de 2011, sobre la suspensión provisional de los actos administrativos en las nulidades electorales, debemos manifestar sobre el particular que dicha “acción” como se llamaba otrora, y “medio de control” como actualmente se denomina, tiene un norte plenamente definido que no es otro que propugnar por proteger y resguardar la democracia, vista desde el punto de vista de la legalidad y la transparencia en la mecánica del voto o del sufragio, hecho que involucra la difícil tarea y rol del Juez y Magistrado o sección en cuanto a garantizar los derechos y el interés general de las mayorías en muchos casos, cuando observan vulneraciones en el trasegar el proceso electoral y, al mismo tiempo, no trasgredir los derechos del elegido, lo cual genera una tensión entre el interés general de los electores y el interés particular del elegido.

En vigencia del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional del acto administrativo era un instrumento procesal no eficaz, ya que, contenía muchas barreras jurídicas para su decreto y aplicación (para el Juez al momento de decretar la medida y para el solicitante por ejemplo al consagrarse el efecto suspensivo en caso de interponerse el recurso de apelación), vulnerando de esta manera el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Por su parte, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2001, CPACA, se ha venido decretando la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo no solamente en procesos de nulidad electoral sino también en procesos de nulidad simple (Por ejemplo auto del Tribunal Administrativo de Boyacá, expediente 15001-23-33-000-2018-00328-00, del 14 de agosto de 2019); haciendo la reforma con esta medida cautelar un instrumento procesal eficiente y que materializa la tutela judicial efectiva faltando únicamente que el traslado de la solicitud de suspensión provisional se interprete de manera integral entre los artículos 233 y el inciso final del artículo 277 del CPACA.

Por último tres aspectos se resaltan; por un lado, que a solicitud de suspensión provisional del acto demandado se puede hacer con la demanda o en escrito separado; dos, el recurso de apelación que se interpone contra el auto que decreta la medida se concede en el efecto devolutivo, y tres, un llamado de atención a los abogados que actúan como apoderados de la parte demandante para que sean muy juiciosos en sustentar y aportar pruebas idóneas con la solicitud de suspensión provisional para que el Juez o Sala puedan obtener mayor certeza en el decreto de dicha medida cautelar.

## **REFERENCIAS:**

- MORENO, H. E. (2009). MANUAL TEÒRICO-PRÀCTICO DE DERECHO ELECTORAL COLOMBIANO. BOGOTÀ: IBAÑEZ.
- VÁCHA, J. C. (2010). HACIA UN NUEVO DERECHO ELECTORAL. BOGOTÁ: IBAÑEZ.

- JIMENEZ, J. M.-C. (2014). MANUAL DE DERECHO PROCESAL ELECTORAL. BOGOTA: EDICIONES NUEVA JURÍDICA.
- BETANCUR, J. V.-C. (2016). DERECHO ADMINISTRATIVO. BOGOTÁ: LEGIS.
- GARCÍA, F. A. (2014). ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. BOGOTA: IBAÑEZ.
- OSSORIO, M. (2006). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. BUENOS AIRES: HELIASTA.
- SANCHEZ, M. T. (2009). MANUAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CARACAS: TEXTO.
- MADRAZO, A. F. (2012). EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. MEXICO D.F.: UNAM.
- GOMEZ, L. O. (2015). DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. BOGOTÁ: IBAÑEZ.
- LUIS PRIETO SANCHIS, J. B. (1997). LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO. MADRID: S.A. MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA.
- CASTAÑO, S. L. (2010). MANUAL PARA EL CONTROL ELECTORAL. BOGOTÁ: ABC.
- MORENO, D. Y. (2016). DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. BOGOTÁ: LEGIS.
- MEDINA, M. A. (2005). LA NECESIDAD DE AMPLIAR LA TUTELA CAUTELAR JUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ESTUDIOS SOCIO-JURIDICOS , 16.
- RODRIGUEZ, J. T. (2016). EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. BOGOTÁ: IBAÑEZ.
- MEDELLÍN, C. (2017). LA INTERPRETATIO IURIS Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. BOGOTA: LEGIS.

- GÓMEZ, L. O. (2016). EL ACTO ADMINISTRATIVO. BOGOTÁ: IBAÑEZ.
- PERDOMO, E. J. (2011). COMENTARIOS AL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. BOGOTA: LEGIS.
- BERIZONCE, R. (2010). APORTES PARA UNA JUSTICIA MÁS TRANSPARENTE. BUENOS AIRES: LIBRERÍA EDITORA PLATENSE S.R.L.
- ESPINOZA, A. E. (2005). EL CONTROL JURISDICCIONAL CONTRA LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. MADRID: CIVITAS.
- GÓMEZ, M. F. MEMORIAS SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO C.
- GOMEZ, M. F. (2011). MEMORIAS SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO C.P.A.C.A. BOGOTÁ.
- HENAO, N. R. (2009). DERECHO PROCESAL DE LA ACCION POPULAR. BOGOTÁ: IBAÑEZ.
- SOCORRO R, M (2017) COOR. APROXIMACIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO. BOGOTA. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES.
- Corte Constitucional, Sala Plena (27 de abril de 2004) Sentencia C-379 de 2004. (MP Alfredo Beltrán Sierra).
- Consejo de Estado, Sección Plena Contenciosa Administrativa (14 de julio de 2016), Sentencia N° 25000-23-24-000-2010-00251, (CP Guillermo Vargas Ayala).
- Corte Constitucional, Sala Plena (5 de Febrero de 1996) Sentencia C-037 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).
- Corte Constitucional, Sala Plena (27 de abril de 2004) Sentencia C-739 de 2004, (MP. Alfredo Beltrán Sierra).

- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (2 de Octubre de 2008) Sentencia T-945 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, Sala Plena (15 de Julio de 2008) Sentencia C-713 de 2008, (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- Consejo de Estado, Sección Primera de lo Contencioso Administrativo (12 de julio de 2001) Sentencia 1999-5913, (CP. Gabriel Eduardo Mendoza).
- Consejo de Estado, Sección Plena de lo Contencioso Administrativo, (31 de Octubre de 2013) Sentencia 2013-00089, (CP. Guillermo Vargas Ayala).
- Consejo de Estado, Sala Primera de lo Contenciosos Administrativo (4 de Febrero de 2016) Sentencia 2015-02961, (CP. Roberto Augusto Serrano Valdés).
- Consejo de Estado, Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo (26 de Septiembre de 2012) Sentencia 2012-00243, (CP. Víctor Hernando Alvarado Ardilla).
- Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo (22 de Junio de 2011) Sentencia N° 76001-23-000-1996-02876-01 (19.311) (CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).
- Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo (28 de Mayo de 2015) Sentencia N° 44001-23-31-000-2012-00059-01 (47605) (CP. Danilo Rojas Betancourth)
- Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo (13 de mayo de 2015) Sentencia con Radicado N° 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) (CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).
- Corte Constitucional, Sala Plena (15 de Julio de 2008) Sentencia C-713 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo (13 de septiembre de 2011) (CP. Enrique Gil Botero).



- Consejo de Estado, Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N°2014-03799 (CP. Sandra Lizeth Ibarra Velez).
- Consejo de Estado, Sección Segundo de lo Contencioso Administrativo, (14 de Julio de 2016) Sentencia N° 2010-00251 (CP. Guillermo Vargas Ayala).
- Consejo de Estado, Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 11001-328-000-2006-00122. (CP. Mauricio Torres Cuervo).
- Consejo de Estado, Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 2003-01084-01. (CP. Darío Quiñones Pinilla).
- Consejo de Estado, Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 2012-00048-00 (CP. Susan Buitrago Valencia).
- Consejo de Estado, Sección Primera de lo Contencioso administrativo (12 de Julio de 2001) Sentencia N° 1999-5913 (CP. Gabriel Eduardo Mendoza).
- Consejo de Estado, Sección Primera de lo Contencioso Administrativo (31 de Octubre de 2013) Sentencia N° 2013-00089 (CP. Guillermo Vargas Ayala).
- Consejo de Estado, Sección Primera de lo Contencioso Administrativo (4 de Febrero de 2016) Sentencia N° 2015-02961 (CP. Roberto Augusto Serrato Valdes).
- Consejo de Estado, Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo (26 de Septiembre de 2012) Sentencia N° 2012.00243 (CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila).
- Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo (22 de Junio de 2011) Sentencia N° 76001-23-000-1996-02876-01-(19.1311) (CP. Jaime Orkanso Santofimio Gamboa).