

SERIE

DERE-

CHO

ISBN

978-

958-

782-

367-

7



**LA FUNCIÓN
UNIFICADORA DEL
CONSEJO DE ESTADO**
en la reforma del Código
de Procedimiento
Administrativo y
de lo Contencioso
Administrativo

CORINA DUQUE AYALA

EDICIONES

USTA





**LA FUNCIÓN UNIFICADORA
DEL CONSEJO DE ESTADO
EN LA REFORMA DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

COLEC-

CIÓN

440

EDICIONES

USTA

**LA FUNCIÓN
UNIFICADORA DEL
CONSEJO DE ESTADO
EN LA REFORMA
DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

SERIE

DERECHO

Corina Duque Ayala



Duque Ayala, Corina
La función unificadora del Consejo de Estado
en la reforma del Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso
Administrativo Corina Duque Ayala; Bogotá:
Ediciones USTA, 2020.

175 páginas.

Incluye referencias bibliográficas (páginas
159-165) e índices onomástico, temático y de
autores

ISBN: 978-958-782-367-7

E-ISBN: 978-958-782-368-4

1. Procedimiento administrativo -- Colombia
2. Derecho administrativo -- Legislación
-- Colombia 3. Control de constitucionalidad
-- Colombia. 4. Colombia -- Consejo de
Estado -- Jurisprudencia. I. Universidad Santo
Tomás (Colombia).

CDD 342.06

CO-BoUST



Esta obra tiene una versión de
acceso abierto disponible en el
Repositorio Institucional de la
Universidad Santo Tomás:
<https://repository.usta.edu.co/>
Universidad Santo Tomás

© Corina Duque Ayala, autora, 2020

© Universidad Santo Tomás, 2020

Ediciones USTA

Bogotá, D. C., Colombia

Carrera 9 n.º 51-11

Teléfono: (+571) 587 8797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Juan Sebastián Solano Ramírez *corrección de estilo*

lacentraldedisenio.com diseño de colección

Patricia Montaña D. *diagramación*

Xxxxxxxx *Impresión*

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-782-367-7

E-ISBN: 978-958-782-368-4

Primera edición, 2020

Vigilada Mineducación

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 3645
del 6 de agosto de 1965, Minjusticia

Acreditación Institucional de Alta Calidad

Multicampus: Resolución 01456 del 29 de enero de
2016, 6 años, Mineducación

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra,
por cualquier medio, sin la autorización expresa del
titular de los derechos.

Impreso en Colombia • Printed in Colombia

CON- TENI- DO

- 13 Introducción**
 - 14 Planteamiento del problema jurídico

- 21 Ventajas y desventajas
de los dos ejes de la reforma
del CPACA**
 - 22 Antecedentes y ejes de la reforma

 - 39 Ventajas y desventajas del actual
proyecto de ley de reforma del CPACA

- 77 La función unificadora
y los vacíos del proyecto de ley**
 - 78 La función unificadora del Consejo
de Estado y los cuestionamientos
públicos respecto de algunas
sentencias de unificación

147 Las reformas propuestas

- 148 La “acción de revisión de precedentes de altas cortes”
- 149 El recurso extraordinario de insistencia en la extensión de la jurisprudencia
- 149 Mecanismos para proteger en sede de tutela los precedentes unificados
- 150 Los retos para mejorar la protección ambiental
- 151 Los retos para la implementación del expediente electrónico

154 Conclusión

159 Referencias

- 161 Normatividad y jurisprudencia

167 Sobre la autora

169 Índice temático

175 Índice onomástico

Lista de siglas

ACNUDH: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Andje: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

CGP: Código General del Proceso

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

COVID-19: coronavirus disease (enfermedad del coronavirus)

CSJ: Consejo Superior de la Judicatura

DIDH: derecho internacional de los derechos humanos

JEP: Jurisdicción Especial para la Paz

ONG: organización no gubernamental

POT: Plan de Ordenamiento Territorial

Sierju: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial

SMLMV: salario mínimo legal mensual vigente

Introducción

El Proyecto de Ley 07-19, contentivo de la reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), presentado ante el Congreso de la República¹ en octubre de 2019, pretende reformar el actual código (Ley 1437 de 2011) en la parte concerniente al procedimiento contencioso, al realizar ajustes normativos que, en uno de sus ejes, tienen como finalidad disminuir la sobrecarga en los asuntos que conocen los consejeros de Estado como jueces de instancia — con el fin último de permitirles fungir como órgano unificador de la jurisprudencia, al ejercer dicha labor sin las presiones de cuotas mínimas de fallos en procedimientos ordinarios— y, en un segundo eje, pretenden

¹ Proyecto de ley presentado por la ministra de Justicia y del Derecho, Margarita Cabello Blanco, y por la presidenta del Consejo de Estado, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en octubre de 2019.

llenar los vacíos de procedimiento que han dificultado la labor de administrar justicia.

Planteamiento del problema jurídico

El proyecto de ley que hoy se tramita en el Legislativo cursa en una coyuntura particularmente compleja para el país, caracterizada por una crisis de gobernabilidad del presidente de la República; por la reciente aparición del COVID-19 y el consecuente confinamiento obligatorio de la población, lo que ha agravado la crisis económica, social y política que se venía gestando desde principios del año 2019; y por un Acuerdo Final para la Paz suscrito en La Habana que ha venido siendo abortado, desde el primer día de su implementación, debido, entre otros factores, a la falta de voluntad política del Gobierno actual y al déficit fiscal que este ha tenido que enfrentar en todos los órdenes.

Este panorama incrementa la desconfianza e incredulidad de las víctimas del conflicto armado en torno a la posible reparación integral a que tienen derecho, ya sea individual o colectiva, a través de la justicia transicional o, en su defecto, de la justicia contenciosa; sentimientos que se profundizan debido a la reciente expedición de dos fallos de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado que han sido abiertamente cuestionados por la opinión pública, al estar presuntamente violando normas, jurisprudencia y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, en especial en los casos de los falsos positivos y de las familias desplazadas, hechos u omisiones del Estado

que se consideran delitos de lesa humanidad, a los que no se les debería aplicar la figura de la caducidad del medio de control de reparación directa, según los estándares y lineamientos dados por la justicia internacional de los derechos humanos.

De otra parte, no se puede desconocer que el Consejo de Estado se encuentra cada vez más deslegitimado por la congestión judicial que afronta en todas sus secciones, y por las demoras exageradas en sus fallos y en el trámite de los recursos extraordinarios, así como en la resolución de las solicitudes de extensión de la jurisprudencia, lo que está aunado a la ausencia de un número suficiente y adecuado de fallos de unificación que permitan dar línea a los operadores judiciales de menor jerarquía. Este panorama se agrava con el gran retraso que se constata en la jurisdicción contenciosa respecto de la implementación del expediente electrónico y el consecuente teletrabajo, lo que no se pudo esconder más en este periodo de confinamiento, al haberse tenido que suspender todos los términos de los procesos contenciosos ordinarios por no contar con las herramientas tecnológicas que permitan realizar el conteo de trámites y las audiencias de manera virtual, desde los domicilios o residencias de los operadores judiciales.

Mencionado lo anterior, el objetivo general de este trabajo consistió en profundizar en uno de los aspectos de la reforma planteada, cual es la función unificadora del Consejo de Estado, con el fin de determinar si los puntos allí desarrollados sirven o no para evitar que

se sigan expidiendo sentencias polémicas que podrían estar violando normas, jurisprudencia o estándares internacionales de derechos humanos. Para desarrollar este objetivo, se plantearon como objetivos específicos los siguientes: i) analizar los aspectos fundamentales de la reforma al CPACA, en sus dos ejes específicos; ii) profundizar en el estudio de la función unificadora del Consejo de Estado y de la forma como se pretende reforzar dicha tarea en el proyecto de ley; iii) analizar cuatro sentencias de unificación que se han expedido en los últimos años, las cuales han generado polémica por estar presuntamente violando estándares del derecho internacional de los derechos humanos; iv) verificar si los mecanismos previstos en la reforma podrían impedir que se sigan expidiendo esta clase de precedentes jurisprudenciales unificados, o si por el contrario siguen existiendo vacíos en los mismos, y v) en caso de que existan, proponer cambios normativos tendientes a mejorar dicha función y consolidar la aplicación del bloque de constitucionalidad en el Consejo de Estado.

Por lo anterior, la pregunta jurídica que se pretende resolver es la siguiente: ¿Los cambios contenidos en el proyecto de reforma al procedimiento contencioso administrativo logran resolver los problemas que se están presentando en la labor de la unificación de la jurisprudencia, al prever mecanismos jurídicos que permitan exigir que las sentencias de unificación respeten las normas del derecho internacional de los derechos humanos?

Para resolver este interrogante se utilizó una metodología cualitativa, con un enfoque sociojurídico y un método deductivo y analítico; se analizaron los artículos previstos en el proyecto de reforma de ley, teniendo en cuenta la experiencia en la aplicación del procedimiento contencioso administrativo por parte de los jueces y el ejercicio de la función de unificación y resolución del recurso de revisión por parte de los consejeros de Estado, con un enfoque social de la propia realidad dinámica del operador judicial y por tanto de los comportamientos y dificultades enfrentadas, así como las relaciones que se establecen entre consejeros de Estado, magistrados y jueces. Este método deductivo y analítico facilita el estudio de la praxis como estrategia para el análisis de la información, que posteriormente permite profundizar en el contenido de las sentencias de unificación que se han considerado polémicas por estar presuntamente violando estándares del derecho internacional de los derechos humanos, las cuales serán analizadas e interpretadas para dar cuenta de la pregunta formulada y los objetivos de la investigación.

La hipótesis que se plantea en esta investigación consiste en demostrar que los cambios propuestos en la reforma en torno a la función unificadora no son suficientes para evitar que se sigan expidiendo sentencias de unificación que podrían estar violando normas, jurisprudencia y estándares del derecho internacional humanitario, por lo que se deben diseñar otros mecanismos para expedir dichos fallos, tales como

una metodología que permita mejorar la producción de las sentencias de unificación, o la elaboración de sentencias confirmatorias y/o variantes respecto a las ya unificadas, o la existencia de un procedimiento especial que permita realizar una revisión previa del proyecto de fallo unificado, así como la prohibición normativa de suspender las sentencias de unificación por la vía de la tutela contra sentencia. También podría concebirse una acción de revisión de fallos unificados que adelante la Corte Constitucional, y que permita corregir los yerros que se puedan llegar a presentar en las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Es así como en el primer capítulo se sintetizan los antecedentes normativos y los aspectos fundamentales de la reforma, los cuales se condensan en dos ejes; para continuar luego analizando las posibles ventajas y desventajas en su implementación recogiendo la experiencia de los operadores judiciales. En el segundo capítulo se explican los mecanismos previstos para reforzar la labor de unificación del Consejo de Estado y se analizan cuatro sentencias de unificación que han sido objeto de profundas críticas por las ONG, al estar presuntamente violando normas o jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos. En el tercer capítulo se procede a realizar unas recomendaciones que permitirían mejorar el proyecto de ley, en especial en lo relacionado con la función de unificación, y otras que se plasmarían en un acto legislativo de reforma de la justicia, que permitiría evitar estas infracciones al DIDH, lo que además podría servir para

consolidar a la Corte Constitucional como órgano de cierre de los altos tribunales del país.

Ventajas y desventajas de los dos ejes de la reforma del CPACA

En este primer capítulo, en la sección “Antecedentes y ejes de la reforma”, se sintetizan los avances de la anterior reforma al procedimiento contencioso, logrados en la Ley 1437 de 2011, explicando los nuevos mecanismos jurídicos que se crearon con miras a generar mayor seguridad jurídica y avanzar en la concreción de los derechos en sede administrativa, tales como: i) la tutela administrativa, ii) la unificación de la jurisprudencia, iii) la extensión de la misma en sede administrativa y iv) el recurso extraordinario de revisión.

Seguidamente, en la sección “Ventajas y desventajas del actual proyecto de ley de reforma del CPACA” se describen los dos ejes del proyecto de ley sintetizando el contenido de las normas que pretenden una redistribución de competencias entre los diferentes operadores judiciales de la jurisdicción contenciosa, así como los ajustes que requieren los recursos ordinarios, en especial, el recurso de apelación y el de súplica; para luego entrar a especificar el cambio normativo que se concreta en la mejor redacción de algunas normas tendientes

a solucionar conflictos de interpretación, que en la práctica están ocasionando nulidades. Finalmente, se describen los ajustes realizados al trámite del recurso extraordinario de revisión y al mecanismo de extensión de la jurisprudencia.

El mecanismo de unificación de la jurisprudencia y el análisis de las normas que pretenden su reforzamiento no se desarrolla en el primer capítulo, aunque está incluido en el segundo eje de la reforma, por cuanto se considera que debe tratarse a profundidad en el segundo capítulo de este trabajo, lo que permite integrarlo con el análisis que se presenta de cuatro sentencias de unificación de la Sección Tercera que han generado gran polémica entre la opinión pública, por haberse negado esta sección a aplicar el control de convencionalidad difuso que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Antecedentes y ejes de la reforma

En esta sección se hará alusión a los aspectos más importantes de la gran reforma al procedimiento administrativo y contencioso administrativo que se plasmó en la Ley 1437 de 2011, con nuevos instrumentos jurídicos que se han constituido en un paradigma del derecho administrativo. Así mismo, se expondrán de manera sintética los dos ejes que contiene el proyecto de reforma actual.

Antecedentes

Como se recordará, en el año 2011 se expidió la Ley 1437 (CPACA), la cual entró en vigencia el 2 de julio de 2012. Este código generó un profundo cambio en la visión de las normas sustanciales y procesales, tanto en los procedimientos administrativos como en los procedimientos contenciosos. Es evidente que no significó un simple cambio normativo, sino que se logró toda una transformación cultural, y se hicieron grandes avances hacia la constitucionalización del derecho administrativo, lo que permite la concreción de los derechos fundamentales desde la sede administrativa.

El profesor Juan Jacobo Calderón Villegas sostiene que la aceptación extensiva de la Constitución al interior de un país implica: i) el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de las personas, ii) la fuerza vinculante de la Constitución respecto de todos los poderes públicos y de los particulares, y iii) la institucionalización del sistema judicial para garantizar la defensa e integridad del marco constitucional (Calderón Villegas, 2004).

Este código se suele presentar en los espacios académicos como un paradigma del derecho administrativo a nivel mundial, por cuanto avanza hacia la constitucionalización del derecho, ideando mecanismos que pretenden hacer efectivos los derechos de los ciudadanos desde la sede administrativa, tales como:

- i) La tutela administrativa, desarrollada en el artículo 20 del CPACA, instrumento que permite al administrador público construir actos administrativos trayendo a

colación normas constitucionales y argumentos de la *ratio decidendi* de las sentencias unificadas, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, las cuales le facilitan al ciudadano la realización y protección de sus derechos fundamentales en sede administrativa, y le evitan tener que acudir al juez para el mismo fin.

Este instrumento administrativo permite, en especial, atender situaciones de emergencia en las que están en juego los derechos fundamentales de las personas (como por ejemplo la salud, la vida digna, la integridad personal) al justificar un tratamiento privilegiado al afectado, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, pudiendo la entidad tomar medidas de urgencia tendientes a conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición. Respecto de este nuevo instrumento, se considera:

Con este mecanismo se pretende otorgar a las autoridades un nuevo instrumento para dar respuesta oportuna y sin dilaciones a situaciones de emergencia en las que no tiene sentido que se imponga a las personas la carga de acudir a la acción de tutela para garantizar la protección de sus derechos. Los servidores públicos han de encontrar en dicho artículo el sustento legal con cuya supuesta ausencia en muchas ocasiones escudan hoy su inacción. (Consejo de Estado, 2011, p. 62)

- ii) El mecanismo de la extensión de la jurisprudencia, previsto en los artículos 112 y 269 del CPACA, que permite resolver los conflictos en sede administrativa, contribuye a la descongestión judicial y reafirma la teoría de la fuerza vinculante de los precedentes del Consejo de Estado, como órgano unificador.

Como lo menciona Beltrán Acosta (2014):

El mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, más que un trámite que contribuye a la descongestión judicial o a reafirmar la teoría de la fuerza vinculante de los precedentes, es expresión del principio de colaboración armónica entre las ramas ejecutiva y judicial del poder público. [...] esta figura no solo reafirma el papel unificador del Consejo de Estado y su intervención en el procedimiento administrativo que involucra la aplicación de sus sentencias de unificación, sino que además permite un diálogo entre estas dos ramas del poder público (activismo judicial dialógico), necesario para asegurar la seguridad jurídica y el respeto del principio de igualdad. (p. 389)

En otras palabras, este mecanismo permite a las autoridades administrativas aplicar al interior de cada entidad las reglas judiciales fijadas en los precedentes unificados del Consejo de Estado en los asuntos que son de su competencia, convirtiéndose así la administración pública en el primer operador jurídico que propende por la realización de los derechos de los ciudadanos, avanzando en

la interpretación coherente de *la ratio decidendi* de estos fallos judiciales unificados y garantizando el trato igualitario frente a los casos análogos. Si la decisión de la extensión llegare a ser negativa por parte de la administración, intervendría el Consejo de Estado para garantizar su aplicación.

Este instrumento se ha venido aplicando en sede administrativa, especialmente para los conflictos que se presentan en los asuntos laborales, por cuanto se trata de asuntos de mera legalidad, evidenciando su mérito al demostrar que puede existir una colaboración eficaz entre la rama ejecutiva y la rama judicial, debido a que se logra establecer un diálogo entre administradores públicos y jueces, lo que mejora la seguridad jurídica y contribuye a la realización del principio de igualdad.

- iii) El instrumento de unificación de la jurisprudencia, previsto en el artículo 271 del CPACA, que sirve para sentar jurisprudencia en temas de importancia jurídica o trascendencia económica y social. Respecto de este mecanismo, el Gobierno y algunos consejeros de Estado han expresado que:

Al existir cierto grado de indeterminación en las normas jurídicas y multiplicidad de operadores judiciales y administrativos que pueden llegar a entendimientos distintos sobre su alcance, resulta necesario que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cumplan una función de unificación jurisprudencial que brinde a la sociedad “cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos

aceptados dentro de la comunidad” y garantice el derecho constitucional a que las decisiones “se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Ins.: ” (Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, 2014, p. 17)

El recurso extraordinario de revisión por desconocimiento de una sentencia unificada es un instrumento que da fuerza a la aplicación del precedente judicial, al tener como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y la garantía de los derechos de las partes. Establece, además, el efecto de los fallos hasta los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, la reparación de los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

Se trata de una institución novedosa, sin referente normativa en el procedimiento administrativo colombiano y con un impacto en el diseño institucional que podría transformar al Consejo de Estado en un juez de unificación muy próximo al francés o a la Corte Suprema [...], cercano al de casación. (Sarmiento, 2011, p. 248)

Este recurso de unificación de jurisprudencia amplía los efectos de una sentencia de unificación, por cuanto además de garantizar la seguridad y estabilidad jurídica permite revocar el fallo revisado, resarcir los derechos de los sujetos procesales y realizar los derechos de los terceros afectados.

Como lo menciona Sarmiento Erazo (2011):

Con la consagración del recurso de unificación jurisprudencial en lo contencioso-administrativo podríamos presenciar lo que significará la consagración de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo de corte casacionista. Si bien existen múltiples diferencias que no vale la pena retomar entre el recurso extraordinario de casación y el de unificación jurisprudencial, en especial aquellos referidos a la técnica del recurso propiamente, su funcionalidad y efectos se acercan significativamente. (p. 277)

Los instrumentos jurídicos antes reseñados son únicos en el mundo y su implementación ha agilizado y garantizado la protección y realización de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado; además, han proporcionado mayor seguridad jurídica, legitimidad y oportunidad en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa.

En segundo lugar, el CPACA realiza avances sustanciales hacia la oralidad en el procedimiento contencioso administrativo, al permitir el juicio por audiencias, el cual también contribuye a aumentar la legitimidad de los jueces administrativos ante la ciudadanía, al tener que celebrar audiencias concentradas en las tres etapas del proceso: la audiencia inicial, la de pruebas y la de alegatos y juzgamiento, las cuales garantizan inmediación, publicidad, concentración y contradicción al momento de practicar las pruebas, y mejoran sustancialmente la

interlocución entre el juez y las partes, fortaleciendo la lealtad procesal y la confianza mutua.

Esta gran reforma del 2012 fue fruto de un esfuerzo colectivo, donde convergieron todas las corrientes jurídicas del país: los operadores judiciales de lo contencioso en todos sus niveles, la academia, los litigantes y los órganos de control, entre otros.

El éxito de este mecanismo previo de concertación se utilizó como una lección aprendida que debía replicarse en el nuevo proyecto de ley. Es así como el texto de la reforma fue liderado en toda su redacción por los consejeros de Estado, los jueces y los magistrados, quienes —a partir de un diagnóstico realizado por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa en el año 2017 respecto de los resultados del Plan de Descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y de los actuales índices de carga en procesos ordinarios, en cada una de las secciones del Consejo de Estado y de los tribunales departamentales— decidieron emprender la tarea de revisar y ajustar algunos aspectos del procedimiento contencioso administrativo actual, dándole participación a representantes de los órganos de control, académicos e invitados internacionales a través de los encuentros anuales regionales de la jurisdicción, todo con el fin de verificar las experiencias adquiridas en la implementación del nuevo código y poder así, a partir de las lecciones aprendidas, enriquecer las propuestas (Proyecto de Ley 07-19, Exposición de motivos).

Las altas cifras alcanzadas en la implementación del Plan de Descongestión a nivel de juzgados y tribunales

durante los años 2011-2016, así como el incremento de fallos favorables para los diferentes actores en cada uno de los medios de control existentes —debido especialmente a la aplicación de los criterios probatorios e indemnizatorios, establecidos en las actuales sentencias de unificación del Consejo de Estado, emitidas a lo largo de estos nueve años de aplicación del nuevo código—, nos permiten afirmar que la jurisdicción contencioso administrativa ha mejorado su legitimidad entre los colombianos (Consejo Superior de la Judicatura, 2016).

En el mismo sentido, los avances en la oralidad y en el manejo de medios electrónicos para la práctica de pruebas y para efectos de notificación, durante el trámite de los procesos ordinarios, se ven reflejados en la disminución sustancial de los tiempos procesales. Es así como en la actualidad se ha calculado un tiempo promedio de evacuación de la primera instancia, a nivel de juez, de 330 días, y en segunda instancia, a nivel de tribunal administrativo, de 263 días, lo que ha permitido realizar el principio de oportunidad en el acceso a la justicia y ha mejorado el grado de confianza entre los usuarios del sistema, que a su vez se refleja en el incremento significativo de la demanda del servicio de la justicia en la última década (Proyecto de Ley 07-19, Exposición de motivos).

Sin embargo, se sigue presentando gran congestión a nivel del Consejo de Estado, especialmente en la Sección Tercera, en la cual se resuelven en segunda instancia los casos de reparación directa, controversias contractuales y repetición, con expedientes que son en

su gran mayoría del antiguo sistema escritural, con más de 11 000 casos represados. En igual sentido, se percibe la congestión en la Sección Segunda, con un reparto anual de 30 000 procesos, debido al bajo monto de la competencia actual. Adicionalmente, se constata un retraso enorme en el trámite de los recursos extraordinarios en la mayoría de secciones, con demoras hasta de cinco años, lo que viene afectando el derecho a un acceso eficiente y oportuno a la administración de justicia contenciosa.

En otras palabras, las competencias actualmente distribuidas en las diferentes secciones del Consejo de Estado, y el represamiento de expedientes provenientes del trámite del Decreto 01 de 1984, han generado en la práctica gran congestión y sobrecarga de trabajo, lo que impide a los consejeros cumplir de manera eficiente y oportuna con la tarea de unificar la jurisprudencia en los casos de importancia jurídica o trascendencia económica y social, y resolver las solicitudes de extensión. Estas dificultades de distribución de competencias, junto con otros vacíos normativos procedimentales detectados por los diferentes operadores jurídicos, que provocan a diario controversia en la práctica judicial, fueron los alicientes para definir los dos grandes ejes de la reforma al CPACA en lo concerniente al procedimiento contencioso.

Los dos grandes ejes de la reforma

El proyecto de ley en su exposición de motivos expresa la necesidad inminente de liberar tiempo de la jornada

laboral de los consejeros de Estado para que puedan dedicarse, de manera concentrada y disciplinada, a la tarea prioritaria de sentar jurisprudencia unificada y descongestionar los recursos de revisión interpuestos, lo que se convierte en el primer eje de la reforma. Es así como se redactan artículos con el único fin de redistribuir de manera armónica los asuntos y competencias entre las diferentes instancias del órgano judicial, de tal manera que la mayoría de los asuntos se logren resolver en los despachos de menor jerarquía.

En el inventario final de la jurisdicción contenciosa a diciembre de 2019 (Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Análisis y Desarrollo Estadístico, 2019), se observa que cada despacho de consejero tiene en promedio 1400 expedientes, en contraste con un despacho de tribunal o de juez, quienes tienen en promedio la tercera parte, es decir, 470 expedientes. Estas cifras corroboran el alto grado de congestión con el cual trabajan los despachos de los consejeros, lo que hace imposible que se ocupen de la tarea prioritaria de sentar jurisprudencia unificada, único mecanismo existente para brindar seguridad jurídica a la ciudadanía y para garantizar el derecho a la igualdad y la prontitud en las decisiones de instancias inferiores.

Son estos precedentes unificados los que logran evitar el fenómeno conocido como la “federalización de los precedentes”, que consiste en tener diferencias interpretativas a nivel de tribunal y aun de juzgado, dados los vacíos y las ambigüedades de las normas tanto en asuntos de fondo, como de procedimiento,

los cuales están generando en la práctica decisiones contradictorias en las diferentes regiones del país, todo por no contar con el suficiente número de sentencias de unificación que determinen el único camino a seguir en los aspectos que se han vuelto controversiales.

Un segundo aspecto de este primer eje, que sirve también para mejorar la función unificadora del Consejo de Estado, se relaciona con el trámite del recurso extraordinario de revisión, por inaplicación de las sentencias de unificación del alto tribunal. La reforma pretende precisar y mejorar el procedimiento de este recurso, para que cada despacho logre evacuar rápidamente los procesos que se encuentran represados, algunos desde el año 2013, entre otras causas por la existencia de vacíos normativos que impiden dictar fallos en un término prudencial.

El segundo eje de la reforma se ubica en la eliminación de algunos artículos ambiguos del código que dificultan la aplicación de manera uniforme. Para ello, se procedió, por ejemplo, a integrar en un solo artículo los casos relacionados con el recurso de apelación y su procedencia; así mismo, se recogieron y despejaron las dudas relacionadas con la remisión normativa al Código General del Proceso, brindando condiciones coherentes de remisión e interpretación normativa en los aspectos en los cuales se debe acudir a esta normativa unificada, para llenar vacíos de procedimiento, en especial, en la práctica de pruebas.

Desafortunadamente, la reforma se quedó corta, por cuanto no reforzó ningún aspecto del procedimiento

administrativo, como por ejemplo, la extensión de la jurisprudencia en sede administrativa, y tampoco avanzó en la oralidad en el procedimiento contencioso, ni en la implementación del expediente electrónico, entre otros aspectos, tal y como se explicará en el tercer capítulo de este texto.

Respecto de las ventajas de la oralidad y la necesidad de reforzarla, el magistrado Juan Carlos Garzón Martínez (2019, p. 4) considera que con el advenimiento del sistema oral el legislador ha buscado materializar los fines constitucionales del proceso, como son, entre otros: i) la tutela judicial efectiva, ii) el debido proceso en términos razonables, iii) la descongestión judicial, iv) la eficiencia y celeridad en la decisión judicial y v) las decisiones judiciales sustanciales y no meramente formales.

La iniciativa legislativa en materia de reformas del procedimiento contencioso radica en cabeza del Gobierno y del Consejo de Estado. La Corte Constitucional, en diferentes sentencias de constitucionalidad, ha recordado que el principio de “libertad configurativa legislativa” se caracteriza por: i) aceptar la existencia de una libertad legislativa para determinar la estructura y las reglas de los procedimientos judiciales, teniendo en cuenta que nuestra Constitución no consagra un modelo económico o social específico, que se pueda definir para cada proceso, y que tampoco regula la estructura y las etapas del mismo, dejando en libertad al legislador para concebir los procesos y procedimientos que más se adapten a los fines del

Estado, lo que permite afirmar que el legislador tiene autonomía para dicha configuración procedimental; ii) entender que el legislador es el encargado de concebir las formalidades que se deben cumplir, el régimen de competencias que deben desarrollar las autoridades judiciales, el sistema de publicidad de las actuaciones, los medios de convicción, los recursos que permitan impugnar las decisiones, los derechos y deberes de las partes, así como las cargas procesales, y iii) ejercer la autonomía legislativa respetando en todo caso las garantías básicas constitucionales y las normas de superior jerarquía (Corte Constitucional, Sentencia C-203-2011).

Para el caso concreto, indica Garzón Martínez (2019, p. 10) que cualquier reforma del procedimiento administrativo y contencioso, aunque goza de la “libertad configurativa” de que habla la Corte Constitucional, la cual es relativa y limitada, por lo que en todo caso los cambios que se propongan deberán respetar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela efectiva, tratando de superar las barreras de carácter económico, de información y comunicación, geográficas y locativas que se puedan presentar.

Para el efecto, se cuenta con mecanismos idóneos, tales como la informática y la oralidad, los cuales se deben reforzar en cualquier reforma que se pretenda implementar, permitiendo a los usuarios del sistema conectarse desde cualquier rincón del país y escuchar de boca del operador judicial la sentencia oral que le

conciernes, aumentando así los niveles de confianza mutua.

En el mismo sentido, esta libertad configurativa debe materializar, en todo caso, el principio de la igualdad, realizando acciones afirmativas positivas hacia los más vulnerables y respetando el debido proceso, para lo cual se deben evitar las dilaciones injustificadas en el procedimiento, velando por ejemplo por la implementación de las sentencias unificadas en sede administrativa, lo que disminuye el riesgo de litigiosidad al interior del contencioso.

Según el exconsejero de Estado Nicolás Pájaro Moreno (2015), cualquier reforma que se plantee al CPACA en el momento actual, ya sea procedimental o sustancial, debe ser coherente con el sistema oral que rige el proceso, por lo que en todo caso la normatividad que se diseñe debe respetar los principios intrínsecos de esta formalidad y las normas propias de los sistemas orales en el mundo.

Desafortunadamente, el proyecto de ley presentado ante el Congreso no fortalece la oralidad, por el contrario, se reforma el artículo 179 del CPACA, indicando que en los casos en los cuales no se requiera de la práctica de pruebas se dejará en libertad al juez para que dicte o no sentencia oral en la audiencia inicial, proceder que en el código actual es obligatorio, so pena de nulidad.

Dejar al arbitrio del juez esta decisión hará que se retroceda en oralidad, por cuanto en la práctica se ha visto que son muy pocos los jueces que citan a audiencia de alegatos y juzgamiento, para así poder dictar sentencia

oral, quienes prefieren en la mayoría de los procesos dar traslado para que las partes presenten sus alegatos por escrito, lo que les garantiza a su vez la posibilidad de dictar sentencia escrita dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del término para presentar alegatos y concepto del Ministerio Público.

Como la norma actual dejó en libertad al juez para citar a la última audiencia, su práctica ha sido casi nula. Por lo anterior, se deduce que otorgar en la reforma que se pretende esa facultad al juez es prácticamente eliminar las sentencias orales de todo el procedimiento, al demostrarse la tendencia actual de jueces y magistrados de querer volver al procedimiento escrito, el cual les produce menos estrés, pero a costa de alejar aún más al ciudadano de la inmediación en la actuación judicial, que tanto se predicó en la reforma de 2012.

El principio de oralidad se empezó a concretar en Colombia con la Ley 1285 de 2009, que reformó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando en su artículo 1.º se estableció como regla la oralidad para todos los procesos judiciales, con la exigencia de proceder a adoptar estatutos procesales que permitieran las audiencias y que en lo posible fueran procedimientos unificados para todas las jurisdicciones, teniendo en cuenta además los nuevos avances tecnológicos. En cumplimiento de esta norma se expidió el CPACA y el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012.

En estos casi ocho años de implementación de los nuevos procedimientos establecidos en el CPACA, se fueron desvirtuando varios mitos en torno a la oralidad.

Un primer mito era creer que todas las dificultades de la gestión judicial de los procesos se resolverían con la oralidad, achacando a la escritura los problemas de funcionamiento. Sin embargo, en la actualidad la congestión judicial continúa y se agrava, debido al número reducido de jueces y magistrados en la jurisdicción contenciosa, en especial en Bogotá, a quienes por distribución de competencias del CPACA les llega un reparto desbordado en materia de reparación directa, por temas concernientes al conflicto armado interno, donde el demandado es casi siempre el Ministerio de Defensa y los apoderados del demandante prefieren escoger para la competencia territorial el domicilio del demandado en la capital de la República. Al tener que respetarse los turnos para la evacuación de las audiencias, los jueces actualmente se encuentran citando para audiencia inicial con fechas después de 1 o 2 años de admitida la demanda, lo que hace que un proceso de Sección Tercera en Bogotá pueda tardar entre 2 y 3 años para obtener el fallo, desmintiendo así el mito de la descongestión con la oralidad.

Un segundo mito que se desvirtúa en la práctica tenía que ver con las mejorías que se lograrían en la eficiencia del proceso, sobre todo en lo relativo a los tiempos de evacuación, al pretender soluciones rápidas a la controversia, vía conciliación judicial; sin embargo, el mismo se ha desvirtuado, por cuanto aún no existe la cultura conciliatoria.

Un tercer mito se relaciona con la posibilidad de dictar un mayor número de decisiones con base en

criterios de justicia y equidad, dada la inmediación en la práctica de pruebas; sin embargo, en la práctica un buen fallo no depende de este principio sino de la adecuada valoración de los hechos y las pruebas y de una aplicación eficaz de los aspectos normativos, independientemente de las audiencias orales que se realicen.

En todo caso, se debe reconocer que la oralidad ha servido para mejorar la legitimidad de la jurisdicción y ha aumentado la confianza entre operadores de justicia y ciudadanos, por lo que toda reforma que se pretenda deberá tener en cuenta este principio con miras a reforzarlo.

En la siguiente sección se verificarán al detalle el contenido y alcance de cada una de las normas propuestas en la reforma, indicando si estas contribuyen o no a mejorar la eficiencia y eficacia del procedimiento contencioso administrativo.

Ventajas y desventajas del actual proyecto de ley de reforma del CPACA

En esta sección se analizarán cada uno de los aspectos sustanciales y procedimentales allí propuestos, explicando si contribuyen o no a avanzar en precisión, claridad, concreción, oralidad y expediente electrónico. Se verificará si la redistribución de competencias es conveniente o no para el ciudadano. Así mismo, se determinará si la sistematización propuesta para el trámite de los diversos recursos y el efecto en que se conceden es la adecuada o no para evitar la paralización del proceso. En el mismo sentido, se profundizará en

los cambios propuestos para el trámite del recurso extraordinario de revisión y para el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. Finalmente, se analizará si la reforma logra llenar los vacíos en algunos aspectos que vienen dificultando el acceso a la administración de justicia administrativa.

Respecto de la redistribución de competencias

El Proyecto de Ley 07-19 propone trasladar algunas competencias que actualmente tiene el Consejo de Estado en única instancia, así:

En primer lugar, se propone trasladar a los tribunales administrativos en primera instancia la nulidad de los actos de certificación o registro; los asuntos relativos a la propiedad industrial; la nulidad de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que inicien las diligencias administrativas de extinción del dominio, clarificación de la propiedad, deslinde y recuperación de baldíos expedidos por el extinto Incoder, hoy la Agencia Nacional de Tierras; la revisión de actos de extinción de dominio agrario, o contra resoluciones que decidan de fondo los procedimientos sobre clarificación de la propiedad, deslinde y recuperación de baldíos; los relacionados con la declaración administrativa de extinción de dominio o propiedad de inmuebles urbanos y de los muebles de cualquier naturaleza; y los de nulidad de los actos la Agencia Nacional de Tierras, en los casos previstos en la ley.

Se considera que entregar la competencia a los tribunales de departamento para conocer de la nulidad de los

actos administrativos antes enunciados será beneficioso para el usuario en la mayoría de los casos, si se tiene en cuenta que la mayoría de los asuntos trasladados tienen que ver con actos relacionados con discusión de la posesión o la propiedad de bienes ubicados en el sector rural, encontrando que en la mayoría de casos fungen como parte demandada del proceso, o como tercero afectado, campesinos, latifundios y minifundios, cuyos domicilios se encuentra casi siempre alejados de la capital de la República, lo que en la práctica les ha dificultado el derecho a la defensa y en especial la práctica de pruebas ante la alta corporación.

Se observa además que se les cambió la clasificación de procesos de única instancia a procesos de doble instancia. Al conservar el Consejo de Estado la instancia de apelación, estas decisiones seguirán demoradas, previéndose la misma congestión en algunas de las salas del alto tribunal, por lo que hubiera sido preferible radicar estos procesos en primera instancia ante el juez administrativo, con apelación ante el tribunal, pudiendo el Consejo de Estado dar línea, por la vía de la unificación jurisprudencial, en los casos de mayor trascendencia económica o social y en algunos casos de renombre nacional, relacionados por ejemplo con actos administrativos que declaran o no determinada extinción de dominio en el sector rural o urbano; de esta manera se avanzaría en descongestionar de manera efectiva el alto tribunal en el conocimiento de estos asuntos, o, en su defecto, se hubiera podido cambiar esta revisión por un recurso de súplica ante una

sección diferente del mismo tribunal, lo que igualmente hubiera garantizado la revisión del fallo sin necesidad de congestionar el Consejo de Estado, quien continuaría con la facultad de unificar jurisprudencia.

En segundo lugar, se plantea trasladar a los tribunales en primera instancia la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos sin cuantía expedidos por las autoridades nacionales y departamentales, y a los jueces cuando se trate de actos de orden distrital o municipal.

Preocupa sobremanera la competencia asignada a los jueces administrativos respecto de los actos administrativos expedidos por los distritos especiales, específicamente aquellos decretos del alcalde mayor de Bogotá, por cuanto, dada la importancia jurídica, la trascendencia económica y social de ellos, y el alto contenido económico y social que pueden llegar a contener, se podrían presentar contradicciones entre los precedentes de los jueces unipersonales, con repercusiones lamentables para el país. Hubiera sido preferible que la revisión de estos actos quedara en cabeza del tribunal en primera instancia, dejando al Consejo de Estado la segunda revisión.

Lo anterior por cuanto, en la práctica, ya se han presentado debates jurídicos en torno a temas tales como la nulidad del POT², del Plan de Desarrollo, o del

² El Consejo de Estado reitera en el año 2019 que la nulidad del acto administrativo suscrito por el alcalde mayor, Gustavo Petro, relativo a la expedición del POT, era competencia del juez administrativo; sin embargo,

acto que autoriza una actualización catastral, que llevan implícitas políticas públicas que exigen la ejecución de presupuestos gigantescos, las cuales se consideran vitales para avanzar o retroceder en la consolidación del Estado social de derecho, y si estas nulidades no tienen la posibilidad de una segunda instancia ante el alto tribunal corren el riesgo de propiciar la federalización de la jurisprudencia.

Un ejemplo coyuntural, en época de pandemia, que evidencia los riesgos que podrían correrse con este cambio de competencias han sido los decretos extraordinarios expedidos por la alcaldesa del Distrito Capital y su control concomitante, el cual según la distribución actual corresponde a los jueces administrativos, quienes hasta la fecha aún no han asumido la tarea que les corresponde, pudiendo presentarse contradicciones

desde el año 2013, habiéndose extralimitado en sus funciones, ordenó la suspensión del POT. Cinco años después, el Juzgado 2.º Administrativo de Bogotá declara la nulidad del Decreto 364 de 2013, que contenía el nuevo POT, habiendo acumulado nueve demandas; pero la decisión tuvo que recoger el pronunciamiento que había hecho el Consejo de Estado desde el año 2013, cuando dijo que “el alcalde mayor desbordó sus competencias al haber expedido el Decreto 364 de 2013, con el conocimiento de que el Concejo Distrital lo había negado en la sesión del 7 de junio de 2013” (Juzgado declaró nulo el POT de Petro que estaba suspendido desde 2013, 20 de mayo de 2019).

en el futuro inmediato en el ejercicio de dicho control, respecto de las decisiones que pueden tomar las autoridades locales con relación a la restricción de algunos derechos fundamentales en época de pandemia; fallos unipersonales frente a los cuales el Consejo de Estado no podría intervenir, ni ejercer control alguno, al tener que respetar la independencia y autonomía de los jueces, debiendo pronunciarse únicamente sobre los decretos que expida el presidente de la República, lo que en principio comportaría gran inseguridad jurídica para los destinatarios de las medidas. Los riegos de evidenciar desde la rama judicial estas contradicciones interpretativas, aprobando en unos casos y prohibiendo en otros similares, serían muy altos y ayudarían a deslegitimar aún más la jurisdicción contenciosa.

En tercer lugar, en el proyecto se elimina el factor cuantía para las controversias de orden laboral, lo que garantizará que estos asuntos sean siempre fallados en primera instancia por los jueces administrativos. Con este cambio, se espera eliminar el reparto de procesos ordinarios en la Sección Segunda del Consejo de Estado, el cual para el año 2019 alcanzó la cifra de 5300 casos, y garantizar que dicha sección se descongestione inmediatamente y se ocupe solamente de los casos de importancia jurídica por las vías de la unificación, la extensión de la jurisprudencia y la resolución de los recursos extraordinarios.

Adicionalmente, se propone incrementar las cuantías en asuntos de reparación directa, tributarios y de nulidad y restablecimiento del derecho para los jueces

administrativos, radicando la segunda instancia en el tribunal, así:

- i) Para reparación directa pasa a 1000 SMLMV, duplicando la cuantía actual.
- ii) Para nulidad y restablecimiento del derecho pasa de 50 SMLMV a 500 SMLMV, incremento que equivale a 10 veces más.
- iii) Para impuestos, contribuciones y tasas, la cuantía se incrementa a 500 SMLMV para la primera instancia.

Esta reforma en materia de cuantías es benéfica para el usuario, por cuanto los promedios de tiempo de evacuación de un proceso siempre han sido más reducidos a nivel de jueces, con un promedio de 330 días para la primera instancia. Sin embargo, preocupa sobremanera que no exista la capacidad instalada para hacer frente a este nuevo reparto en la fecha en que entre a regir la reforma.

Si bien es cierto que el proyecto tiene prevista la creación de nuevos despachos judiciales para asumir el reparto incrementado que se avizora, también lo es que se requerirá de rubros presupuestales duplicados o triplicados, previamente avalados por Gobierno nacional a través de su Ministerio de Hacienda, y aprobados en el Congreso de la República. El proyecto de ley en su exposición de motivos reconoce no tener listos los estudios de cargas laborales, ni las proyecciones de nuevos cargos, radicando esta tarea en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (en adelante CSJ), de conformidad con lo establecido

en la Ley Estatutaria de la Justicia, o Ley 270 de 1996, con posterioridad a la aprobación de la ley.

Para efectos académicos, a continuación se hará una proyección simple en cuanto al número de despachos de magistrados de tribunal y de jueces que se requiere en aras de garantizar niveles óptimos de carga para cada operador judicial. Para la proyección se tomarán los datos de la Unidad de Estadística de la Sala Administrativa del CSJ, quienes determinaron que para finales del año 2019 (Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, 2019) la carga acumulada del Consejo de Estado era de 57 000 procesos; para los tribunales de departamento fue calculada en 160 000 procesos y para los 356 juzgados administrativos, en 300 000 procesos; lo que suma un gran total de 517 000 procesos en curso, con una congestión del 61 %. Se anota que el total de ingresos durante el año 2019 fue de 260 000 demandas aproximadamente, lo que permite inferir que el porcentaje de evacuación actual en los tres niveles es en promedio del 50 %, siendo muy superior a nivel de juzgados, donde alcanzó un porcentaje del 120 % al año.

En los encuentros regionales³ se han compartido experiencias con los jueces y magistrados del país,

³ El último encuentro de la jurisdicción se realizó en la ciudad de Santa Marta, en septiembre del año 2019, antes de radicar el proyecto de la reforma, con la participación de más de 600 asistentes, entre los cuales se encontraban cuatro invitados internacionales, expertos en procedimiento contencioso.

quienes al unísono consideran que el número promedio ideal de carga acumulada —que les permitiría operar de manera eficiente y oportuna, evacuando los procesos ordinarios en un lapso de año y medio aproximadamente, en ambas instancias— sería de máximo 300 asuntos, con un reparto anual similar o levemente inferior, conservando un porcentaje de evacuación anual del 100 %.

Si dividimos 517 000 procesos en curso entre la media ideal de 300, se tiene que se requerirán 1723 despachos en total, los cuales se podrían distribuir a su vez en mínimo 1000 jueces, 600 magistrados y 60 consejeros de Estado. Es así como para el caso de los jueces, se sugiere pasar de 356 juzgados que funcionan actualmente a 1000 despachos distribuidos en todo el territorio nacional; respecto a los magistrados, se aspiraría pasar de 176 a 600, lo que incluiría la creación de sedes de departamento actualmente inexistentes, como Amazonas, Vichada, entre otras; y en cuanto a los consejeros, se esperaría pasar de 30 a 60, para que en las tres instancias se pueda cumplir a cabalidad con la función asignada, sin que se trate de cifras desproporcionadas o exageradas, si se considera que el Consejo de Estado francés cuenta actualmente con 300 consejeros y 2000 jueces administrativos (Conseil d'État, 2020), sin olvidar que se trata de un país que no ha tenido que afrontar 50 años de conflicto armado, con una cultura arraigada en el respecto de los derechos humanos y su concreción en sede administrativa.

Surge entonces la siguiente pregunta: ¿El Legislativo y el Gobierno nacional actuales estarían dispuestos a aprobar una ley que implique al menos duplicar el presupuesto actual de la jurisdicción contenciosa administrativa, con miras a crear los despachos que se requieren para el año 2021?

La respuesta es *no*, dada la crisis económica por la que atraviesa el país y el déficit fiscal del Gobierno nacional, agravado con la pandemia de coronavirus. Se considera que el ambiente político no permite visualizar esta reforma. Por el contrario, el presidente de la República se encuentra hoy en la búsqueda de fórmulas para reducir los costos de la justicia en general, y en especial la contenciosa, por lo que se ha pronunciado en los medios de comunicación respecto de la reforma judicial que pretende implementar, indicando que son bienvenidas todas las propuestas que incluyan el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como las transacciones logradas en las Casas de Justicia, centros de conciliación, notarías, o las alternativas tendientes a lograr el fortalecimiento de la conciliación extrajudicial, la transacción, la amable composición, el arbitramento, entre otras.

Se anota además que los dos ejes de la reforma que aquí se analizan podrían ir en contravía de las teorías neoliberales de la globalización de la economía y del derecho, que buscan una justicia administrativa rápida, simple, económica y eficiente. Y aunque en la normatividad que se pretende reformar se siga manejando el discurso de la mejora del procedimiento contencioso en

pro de la realización de los derechos de los ciudadanos, fortaleciendo funciones que permitan realizar principios como la seguridad jurídica y la oportunidad en los fallos, la verdadera tendencia mundial desde finales del siglo xx es acudir cada vez menos a ella, y más a mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales han demostrado mayor efectividad por contener menores tiempos de respuesta y menores costos de oportunidad (Garzón, 2014).

No haber contemplado estos aspectos tendientes a fortalecer instrumentos jurídicos en sede administrativa y extrajudicial hace poco atractivo el proyecto de ley, tanto para el Legislativo como para el Ejecutivo, por lo que se infiere que podría ser rápidamente abortado y archivado. Si la reforma hubiera tenido en cuenta estos mecanismos alternativos, se hubiera podido proyectar de manera simultánea la disminución esperada en los asuntos a resolver en sede administrativa, lo que habría generado un menor impacto presupuestal gracias a la descongestión provocada desde el Ejecutivo.

Quienes tuvieron la iniciativa para presentar el proyecto de ley olvidaron, al parecer, que en la práctica las negociaciones relacionadas con la adición a los rubros presupuestales tendientes a crear nuevas sedes de despachos judiciales se deben realizar de manera previa a los debates en Cámara y Senado, y que se debe contar además con el aval del Ministerio de Hacienda, y estar sustentadas en estudios que reflejen los beneficios del cambio y la recuperación de las partidas en el mediano

plazo. No haber agotado este camino de concertación previa augura un mal final al proyecto de ley.

En un escenario menos pesimista, si se llegare a aprobar la ley tal y como fue propuesta, pero sin contar con las partidas presupuestales requeridas, su implementación generará congestión en las instancias inferiores, regresando rápidamente al panorama de la época del Decreto 01 de 1984, donde cada despacho de magistrado tenía en promedio 1400 procesos en trámite, con demoras de mínimo 4 años para la primera instancia, y de 10 años para la segunda, tiempos que harían inocuas las sentencias.

La propuesta se hubiera podido enriquecer, además del reforzamiento de los mecanismos alternativos antes citados, con la prescripción de la responsabilidad que se deriva para los funcionarios que pudiendo hacer uso de ellos, se negaren de manera caprichosa a utilizarlos, lo que hubiera permitido generar un diálogo entre las tres ramas del poder, resaltando las ventajas de conciliar en sede administrativa. Se hubiera podido proponer, por ejemplo, la exigencia a los miembros del comité de conciliación administrativa, a los representantes de la Andje y a los representantes del Ministerio Público, de incluir en la redacción de las actas fallidas las constancias de haber analizado las sentencias de unificación que conciernen a cada caso, así como las estrategias tendientes a disminuir esta clase de litigios, y los argumentos por los cuales se considera que el asunto no es conciliable, so pena de incurrir en responsabilidad fiscal, disciplinaria, penal y patrimonial.

En cuarto lugar, con el fin de garantizar la doble instancia en los procesos de repetición contra altos funcionarios del Estado, se propone que la primera instancia se desate en una subsección de la Sección Tercera, y la segunda en sala plena de esta misma sección. Así mismo, se propone que la nulidad de los actos sancionatorios contra congresistas y contra el vicepresidente de la República se decida en primera instancia en una subsección de la Sección Segunda, y la segunda instancia en sala plena de esta sección, excluyendo a los que decidieron en primera instancia.

Esta propuesta de reforma, que garantiza la segunda instancia en procesos sancionatorios, es bienvenida por cuanto demuestra el espíritu garantista de la corporación, al reforzar el derecho a la defensa, similar a la reforma auspiciada por la Corte Suprema de Justicia, quienes garantizan hoy la doble instancia en los procesos penales seguidos contra los altos dignatarios. Sin embargo, se desconoce la gran congestión que actualmente atraviesa la Sección Tercera, pudiendo haberse redistribuido esta competencia de los fallos en el medio de control de repetición entre todas las secciones para garantizar mayor prontitud, resaltando que estas condenas podrían convertirse en una herramienta eficaz para combatir la corrupción.

Además, en el control de los actos que imponen sanciones disciplinarias también se avanza, en la medida en que se reforma el procedimiento para garantizar la doble instancia en todos los asuntos disciplinarios, y ya no se tendrá en cuenta la cuantía de las pretensiones o

la autoridad que suscribió el acto, sino el tipo de sanción impuesta. Es decir, cuando se trate de destitución, separación del cargo o suspensión con inhabilidad el conocimiento será del tribunal, y en los demás casos será del juez.

Nuevamente, en esta propuesta de reforma se avanza en el respeto y realización del principio procesal de la doble instancia y se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso a todos los disciplinados, recorriendo el camino de constitucionalización del derecho en materia sancionatoria, garantizando también la realización de los principios de la *no reformatio in pejus* y la *nulla poena sine lege*.

En quinto lugar, respecto del control de los actos electorales, la reforma pretende hacer algunos ajustes tendientes a disminuir las discusiones que se han presentado en la práctica judicial actual. Específicamente en materia de nulidad del acto que llama a ocupar la curul o la vacante, se determina con exactitud que la competencia para conocer es del Consejo de Estado en única instancia, resolviendo las discusiones jurisprudenciales que se han desatado al respecto. En un segundo aspecto, se determina de manera expresa que corresponde al Consejo de Estado conocer de los actos de elección de los gobernadores.

En cuanto al control de los actos de elección de los miembros de los consejos superiores de las universidades públicas del orden nacional y los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales, se asignó la primera instancia al tribunal.

Se precisa además que la nulidad electoral procede siempre y cuando el actor no tenga pretensión de restablecimiento del derecho; de ser así, la vía será la nulidad y el restablecimiento del derecho.

En este punto, hubiera sido preferible corregir y adecuar la norma en el sentido contrario, por cuanto no se entiende por qué se aprueba la prohibición de restablecer el derecho al candidato afectado dentro del medio de control de nulidad electoral, lo que impide realizar los principios de economía y moralidad. Además, se pasa por alto que el CPACA permite, en su artículo 65, la acumulación de pretensiones. En la práctica, el Consejo de Estado se ha venido declarando inhibido en varios procesos, solo por el hecho de haber encontrado pretensiones de restablecimiento del derecho en la demanda, lo cual a nuestro parecer se considera un formalismo extremo, que impide realizar el derecho sustancial y pasa por alto la prohibición del CPACA de expedir fallos inhibitorios.

Agrava el panorama anterior el haber fallado ya varios casos renombrados, que han dejado vigentes algunos nombramientos abiertamente irregulares con la excusa de un formalismo que se considera obtuso, impidiendo así que prime el interés general del medio de control, cual es el de exigir el cumplimiento a todos los elegidos de requisitos mínimos para ser dignos de su elección, tanto subjetivos como objetivos, premisa fundamental para avanzar en el fortalecimiento de la democracia.

En un segundo aspecto, la reforma adiciona como reglas de competencia para la nulidad electoral las siguientes: i) para los actos que declaran resultados del referendo o el plebiscito, o la consulta popular, se radicó la competencia en el Consejo de Estado en única instancia cuando sean del orden nacional, y en el tribunal cuando sean del orden departamental o municipal; ii) para los actos de nombramiento de viceprocurador, vicecontralor y vicedefensor, la competencia será del Consejo de Estado en única instancia; iii) para el acto que declara la revocatoria del mandato de gobernadores y alcaldes, la competencia será del tribunal en primera instancia; iv) para los actos de elección de jueces de paz y de reconsideración, la competencia será del juez administrativo en primera instancia, y v) para los asuntos que no tienen asignación expresa, la competencia será del juez administrativo.

En esta redistribución se constata una incongruencia al interior de la corporación, detectable entre secciones, por cuanto hubiera sido preferible corregir o modificar la competencia electoral en sentido contrario, para permitir al tribunal fallar también la nulidad de la elección del gobernador, teniendo en cuenta que se le está trasladando el control de los actos de este dignatario y del acto que declara la revocatoria del mandato. No existe argumento válido para reservar esta competencia electoral en cabeza del Consejo de Estado.

Finalmente, se trasladaron al tribunal las siguientes competencias que actualmente radican en el Consejo de Estado: i) la nulidad y restablecimiento del derecho

carente de cuantía contra actos del orden nacional; ii) la competencia residual cuando la entidad es del orden nacional o departamental, cuando la autoridad sea del orden distrital o municipal la competencia será del juez en primera instancia; iii) la nulidad sobre asuntos petroleros o mineros del orden nacional, territorial o descentralizado por servicios; iv) la nulidad simple de actos distritales o municipales relacionados con impuestos, tasas, contribuciones y sanciones, y v) la nulidad de los actos de entidades territoriales y descentralizadas sometidos a aprobación de autoridad superior cuando sean del orden nacional o departamental. Si son del orden distrital o municipal, la primera instancia será del juez administrativo.

La redistribución de competencias anteriormente reseñada permite avizorar un cambio radical en el reparto en los tres niveles, con la consecuente disminución del número de casos a fallar en sede del Consejo de Estado, por lo que se deberá prever en la reforma la obligatoriedad de realizar la reducción de la planta del alto tribunal. Lo ideal es que sea la misma corporación la que propicie prescindir de un número considerable de magistrados auxiliares y de empleados judiciales, nómina que podría ser reubicada rápidamente en instancias inferiores, en los cargos provisionales de jueces y magistrados, mientras se realizan los concursos de carrera. Sin embargo, las lecciones aprendidas respecto del manejo de la nómina en las altas cortes permiten inferir que habrá mucha resistencia al cambio y que surgirán argumentos nuevos para pretender mantener

este personal al interior de la corporación, lo que hará aún más difícil la implementación de la reforma.

En lo relacionado con los recursos ordinarios

La implementación del CPACA en las diferentes instancias reveló los vacíos existentes en materia de recursos, lo que en la práctica viene produciendo diferentes interpretaciones que han dificultado el respeto del debido proceso y han generado múltiples nulidades en la actuación judicial. Es así como existen muchas dudas respecto de la procedencia o improcedencia de determinados recursos frente a algunas decisiones tomadas en audiencia, en muchos casos debido a la redacción contradictoria de algunos artículos; *verbi-gracia*, el artículo 226 del CPACA, aquel relacionado con la intervención de terceros, que permite apelar la decisión que la niega o concede, para luego, en el artículo 243 numeral 7, limitar la apelación a la decisión que niega la intervención.

Para corregir estos yerros y lograr una normatividad unificada, en el segundo eje del proyecto de ley se realizaron los siguientes ajustes:

- Se cambia la redacción del artículo 243 y se incluyen los casos que se encontraban dispersos en el código, se elimina el efecto suspensivo como regla general para el recurso de apelación y se deja como regla única el efecto devolutivo, por lo que se vuelve una excepción el efecto suspensivo, incluida específicamente para los numerales 1 a 5 del mismo artículo, evitando así la paralización de los procesos.

- Se reduce el número de providencias apelables a seis casos: a) el auto que rechace la demanda o la reforma; b) el auto que niega total o parcialmente el mandamiento ejecutivo; c) el auto que por cualquier causa pone fin al proceso; d) el que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, y en cuanto a esto se aclara que el auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público; e) el que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios; f) el que niegue la intervención de terceros; g) el que decreta o modifica una medida cautelar, y h) los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.
- Se condensan en el artículo 243A los autos contra los cuales no procede ningún recurso. Se permite el recurso de súplica para aquellas decisiones de ponente de tribunal, que no son apelables. Se permite la interposición del recurso de reposición contra todos los autos, salvo norma en contrario, y se vuelve optativo y subsidiario cuando proceda la apelación o súplica.
- Se regula de manera expresa la apelación adhesiva y se aclara que para los asuntos que se rigen por trámite especial la apelación procede cuando el Código General del Proceso lo haya establecido, pero el trámite será el regulado en el CPACA.

Para mejorar el trámite de los diferentes recursos, reposición, apelación, queja y súplica, se precisan los siguientes aspectos:

- En el trámite de la apelación de autos, se incluye una norma sobre el término de traslado para el medio de control de nulidad electoral que actualmente se encuentra en el artículo 276. Adicionalmente, se indica que no hay lugar al traslado del recurso de apelación cuando se trate del rechazo de la demanda.
- En el trámite de la apelación de sentencias, se incorpora la audiencia de conciliación, que se encontraba dispersa en el artículo 192, y se determina que desde la notificación del auto que concede la apelación y la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse respecto de los argumentos de los demás intervinientes y solo se dará traslado para alegar cuando se practiquen pruebas.
- En el trámite de la queja, se precisa que cuando no se conceda la apelación, se rechace o se declare desierta, procederá el recurso y este se suprime contra el auto que concede la apelación en efecto diferente.
- En el trámite de la súplica, se precisa que procede para: a) el auto que niega la práctica de pruebas; b) el que declara la falta de competencia o jurisdicción; c) el auto que rechaza la demanda o la reforma, si es de única instancia; d) el auto que niega total o parcialmente el mandamiento ejecutivo, si es de

única instancia; e) cuando se rechace o declare desierto un recurso extraordinario, y f) cuando se rechace de plano en el Consejo de Estado la solicitud de extensión de la jurisprudencia. De otro lado, se precisa el trámite cuando se trate de un auto proferido en audiencia, o cuando sea un auto proferido por escrito. Y se permite no tramitar el recurso cuando carezca de sustentación.

En este punto del segundo eje del proyecto, se considera que los ajustes realizados al trámite de los recursos eran necesarios y han sido los adecuados, por cuanto dan claridad y seguridad jurídica a todos los intervinientes en el proceso. Por lo que se concluye que estos constituyen verdaderas ventajas de la reforma propuesta, al evidenciarse la sistematización lograda para los autos susceptibles de cada recurso y las mejoras logradas en cada trámite, garantizando así el debido proceso y el derecho a la defensa. A continuación, se sintetizarán los aspectos de la reforma que pretenden solucionar conflictos de interpretación de algunas normas de procedimiento y de fondo del CPACA.

Solución de otros conflictos de interpretación detectados en la práctica

Para llenar vacíos detectados en el CPACA respecto del trámite de los expedientes, se realizaron los siguientes cambios normativos:

- Se precisa que el auto que resuelve sobre la medida cautelar, y aquel que decide sobre las excepciones

previas, son competencia del magistrado ponente, salvo en el caso de la suspensión provisional de actos de elección popular, la cual será competencia de la sala.

- En la etapa de admisión de la demanda, cuando el juez observe que invocó el medio de control inadecuado, deberá inadmitir la demanda para que se corrija. Se infiere entonces que ya no podrá pronunciarse sobre el tema en la audiencia inicial.
- En la etapa de notificación al demandado, se suprime el término común de 25 días que se estableció en el artículo 612 del CGP, creado para la Andje, por considerar que es innecesario. Adicionalmente, se elimina la obligación de dejar copia de la demanda y los anexos en la secretaría del juzgado, y por el contrario se exige notificar el auto de admisión de la demanda con el texto de la misma y sus anexos, todo por vía electrónica. Se aclara que el término para contestar empieza a correr a partir del día siguiente de surtida la última notificación. Por otro lado, se dispone cuáles providencias son las que deben notificarse a la Andje, el contenido de dicha notificación y los efectos procesales.
- En el trámite de las excepciones previas, se exigirá al juez que las resuelva por escrito antes de la audiencia inicial, y solo se resolverán allí aquellas que requieran práctica de pruebas.
- De otro lado, se acoge el trámite de la sentencia anticipada, para lo cual se regulan las causales y/o eventos en los que procede. Se fija la regla de

correr traslado a las partes y al Ministerio Público mediante auto que indique la causal que se utilizará para proferir sentencia anticipada, así como las excepciones mixtas, sobre las cuales deberán pronunciarse las partes. Se permite que el juez reconsidere la decisión de proferir sentencia anticipada después de escuchar los alegatos.

- Se permite al juez mayor discrecionalidad para decidir si dicta sentencia en la audiencia inicial cuando no haya pruebas que practicar. Si lo hace, la sentencia será oral, y se consagra el deber de transcribir en el acta de la audiencia la parte resolutive de la sentencia.
- Se adiciona una causal para solicitar pruebas en segunda instancia, permitiendo que se soliciten aquellas que fueron negadas en primera instancia.
- Se permite el recurso de apelación para el auto o sentencia que resuelve la aclaración o la adición de sentencia, siendo el mismo con el que cuenta el actor para apelar la sentencia.
- Se modifica el trámite de la audiencia previa al recurso de apelación, la cual solo se realizará cuando sea solicitada por la parte condenada, debiendo esta proponer fórmula de acuerdo. Si se trata de una entidad pública, esta audiencia la podrá solicitar el Ministerio Público y la Andje, previo requerimiento a la entidad condenada para que presente fórmula de arreglo.
- Se modifican algunos aspectos de la competencia por factor territorial, así: a) en la nulidad

y restablecimiento del derecho, el criterio relevante es el lugar de ocurrencia de los hechos que motivaron el acto, salvo regla en contrario. Si no hay relación, la competencia será la del lugar de expedición del acto, o la del domicilio del demandante, a su elección. b) En los ejecutivos derivados de laudos arbitrales, la competencia será del juez donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. c) En los asuntos relacionados con bienes inmuebles, la competencia será del tribunal donde se encuentre ubicado el bien. d) En reparación directa será el juez del lugar de los hechos, omisiones u operaciones administrativas. Se exceptúan las familias desplazadas, quienes podrán demandar en el lugar de residencia actual, o en el domicilio de la entidad demandada, a su elección. Y e) para los hechos ocurridos en el exterior, la competencia se determina por el lugar donde tenga la sede principal la entidad demandada.

- En lo relacionado con el trámite de la unificación jurisprudencial, se habilita al consejero ponente para convocar a audiencia pública a las entidades del Estado, las organizaciones privadas, y los expertos que considere, para que emitan concepto sobre los puntos a unificar, las cuales pueden llevarse a cabo después de la etapa de alegatos.
- Respecto del pago de sentencias y títulos ejecutivos, se establece que la entidad tiene un término de 10 meses para cumplir las condenas y que el juez también tendrá ese mismo término para ordenar

su cumplimiento. Este trámite ejecutivo tendrá un nuevo registro en las estadísticas de cada despacho.

- En cuanto a la competencia para tramitar acciones de cumplimiento, se fijará teniendo en cuenta el orden de la entidad pública demandada.
- En lo relacionado con el medio de control de repetición, el competente será el juez del domicilio del demandado, y si se desconoce, el del último lugar donde prestó servicio.
- Si la competencia en cualquier medio de control llegare a corresponder a varios jueces o tribunales, conocerá aquel al cual se le presente primero la demanda.
- En cuanto a los procesos ejecutivos con base en sentencias condenatorias o conciliaciones, conocerá el juez que dictó la providencia. Para los derivados de contratos estatales, será el juez del lugar donde estos se ejecutaron.
- Finalmente, se incorpora un artículo que exige tanto al CSJ, Sala Administrativa, como al Consejo de Estado realizar los estudios necesarios para medir el impacto de la reforma y determinar el número de despachos que se deberán crear, y su respectiva ubicación, en orden a lograr una carga razonable en cada despacho y evitar la congestión, así como realizar las consultas previas al Gobierno y al Legislativo, según lo establecido en la Ley 270 de 1996.

Para el efecto, se pretende que el Gobierno no aplique las restricciones sobre el incremento del gasto de presupuesto de la rama judicial para llevar a cabo esta reforma. Y con miras a no generar traumatismos en la transición, se indica que para las nuevas competencias la ley regirá después de un año de promulgada, reconociendo que aún no existen los estudios para ajustar la estructura de la jurisdicción, ni para concretar el programa especial de formación de servidores judiciales. Los demás temas de orden procedimental se aplicarán de forma inmediata.

Este último aspecto, relacionado con los estudios que se requieren para identificar la ampliación de la oferta de la justicia contencioso-administrativa, los cuales no existen al momento de presentar el proyecto de ley y que deberán realizarse una vez se aprueba la reforma, se convierte en la mayor desventaja del proyecto de ley, por cuanto muestra la improvisación en la construcción de la propuesta y riñe con los principios rectores establecidos en la Constitución y en la Ley Orgánica de Presupuesto para la presentación de proyectos de ley que contengan la creación de nuevos cargos, debiendo anexarse los estudios económicos pertinentes que midan el impacto de la reforma, con el visto bueno del Ministerio de Hacienda, en el cual conste la viabilidad presupuestal para el año siguiente a la aprobación de la ley.

En ese sentido, se considera que el proyecto será archivado rápidamente, sin que alcance a llegar a plenaria de cada una de las Cámaras, por cuanto será fácil detectar que el proyecto no contiene los documentos

mínimos necesarios para que pueda ser tramitado. La incidencia presupuestal del proyecto asciende aproximadamente a una asignación adicional de un billón de pesos, debiendo duplicarse los rubros de gastos de nómina de la jurisdicción contenciosa de un año para otro, lo cual es improbable en la coyuntura, teniendo en cuenta las restricciones presupuestales que debe afrontar este Gobierno, en especial, con ocasión de la pandemia del COVID-19.

Si, por el contrario, el proyecto hubiera previsto el reforzamiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos de la jurisdicción contenciosa —tales como: i) la obligatoriedad de extender la jurisprudencia en sede administrativa, so pena de responder el funcionario concernido desde el punto de vista disciplinario, fiscal, penal y patrimonial; ii) la obligatoriedad de la tutela administrativa en los casos de salud y seguridad personal, so pena de incurrir en conductas penales o disciplinarias; y iii) la obligatoriedad de acudir a la conciliación administrativa en los casos de existencia de fallos unificados—, la implementación de estos cambios hubiera descongestionado sobremedida las instancias a nivel de juez y magistrado, al disminuir ostensiblemente el reparto, lo que eliminaría la necesidad de crear nuevos despachos en la reforma que hoy se pretende.

El trámite del recurso extraordinario de revisión

En un segundo aspecto, con miras a mejorar el trámite del recurso extraordinario de revisión, la reforma

enlista las causales de inadmisión, el término para corregir el recurso, el cual se amplió a diez días, y las causales de rechazo de plano; además, se ajustan las reglas de desistimiento del recurso y se precisan las autorizaciones que se requieren en este caso.

Se enlistaron las decisiones que se deben adoptar cuando se considere probada una causal, y la procedencia del recurso cuando la sentencia sea proferida por una sección o subsección del Consejo de Estado, así como en los procesos que fueron tramitados con el anterior código, (Decreto 01 de 1984), al contemplar que para estos fallos también procede el recurso. Así mismo, se indican los efectos de su interposición respecto de la sentencia que se está controvirtiendo, explicando que el recurso no impide el cumplimiento de la sentencia inicial.

Se aclara la competencia para conocer del recurso especial del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, relativo a las sentencias que imponen al tesoro público o a los fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir pensiones o sumas periódicas, siendo esto competencia del Consejo de Estado cuando la decisión haya sido de un tribunal, o del tribunal cuando haya sido de un juez.

Se aprovecha para eliminar el requisito de la cuantía para determinar la procedencia, específicamente en asuntos de naturaleza laboral, y se precisa que el recurso extraordinario solo procede para sentencias y no para autos, debiendo interponerse y sustentarse en el término de 10 días después de expedida la sentencia.

Adicionalmente, se determinan las circunstancias en las cuales se debe dictar una sentencia de reemplazo dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión. Se excluye la posibilidad de formular excepciones previas y de reformar el recurso.

Estas precisiones en el trámite del recurso servirán para agilizar los procesos que se encuentran paralizados por algunos de los aspectos procesales ambiguos que impedían el fallo, lo cual es benéfico para los usuarios del sistema. Sin embargo, no se entiende por qué no se aprovechó la reforma para crear una causal nueva para que proceda el recurso de revisión, consistente en “la violación de derechos fundamentales”. Esta causal permitiría al alto tribunal fallar de fondo el recurso, y no como ocurre en la actualidad, en tanto se deben limitar a verificar temas de forma, lo que en la práctica hace que se nieguen los recursos en un 90 %, siendo ineficaz el mecanismo para la realización de los derechos de los usuarios del sistema.

Esta nueva causal impediría también que se presenten tutelas contra sentencias, por cuanto este mecanismo dejaría de ser subsidiario, debiendo la alta corporación fallar de fondo el asunto, con la posibilidad de resarcir daños por la presunta violación de derechos fundamentales, y acercándose cada vez más al contenido de un fallo de casación, al poder realizar la sala análisis sobre el fondo del asunto recurrido.

Tampoco se entiende por qué la reforma no aprovechó el articulado para extender el recurso para los autos que ponen fin al proceso, por cuanto allí también se están

causando agravios a una de las partes del proceso, los cuales podrían ser corregidos mediante este recurso para autos, máxime si la reforma ahora prevé la unificación de autos, lo que evitaría en la práctica las demandas por error judicial.

El mecanismo de extensión de la jurisprudencia

Finalmente, en cuanto al mecanismo de extensión de la jurisprudencia, y específicamente respecto de su solicitud ante el Consejo de Estado cuando la entidad se niegue a aplicar la sentencia unificada (artículos 112 y 269 del CPACA), la reforma precisa algunos aspectos del trámite de la petición ante la alta corporación.

Es así como elimina el traslado que en la actualidad debe darse a la Andje, por considerar que es innecesario. Exige que la petición incluya un juramento de no haber formulado otro medio de control y permite la inadmisión cuando la solicitud no cumpla con todos los requisitos de la norma. También permite el rechazo de plano cuando: i) se detecte que se ha incoado con autoridad otro medio de control, ii) se evidencie que el derecho esté prescrito o el medio de control caducado, iii) no exista sentencia de unificación al respecto y iv) la petición sea extemporánea —máximo 30 días después de haberse presentado la solicitud ante la autoridad administrativa—. Adicionalmente, se exige la condena en costas cuando la petición sea manifiestamente improcedente.

En el trámite, se eliminan las audiencias en el alto tribunal, teniendo en cuenta que la mayoría de los casos se pueden decidir sin necesidad de la oralidad,

por tratarse en su mayoría de estudios de la legalidad únicamente, al existir escritos de intervención de ambas partes, tanto en la solicitud como en la contestación, lo que permite a la corporación decidir sin necesidad de practicar pruebas. Se propone condicionar la práctica de pruebas a determinadas situaciones y se establecen, además, algunas causales de rechazo de la solicitud.

Cuando se falle a favor la extensión, se indica la forma como debe llevarse a cabo el trámite incidental para liquidar el derecho reconocido.

Los cambios sugeridos parecen adecuados para fortalecer el trámite de la solicitud de extensión de jurisprudencia en sede judicial; sin embargo, se considera que dificultan al grado máximo el mecanismo para el ciudadano del común, quien deberá buscar un abogado altamente especializado en derecho administrativo para realizar su petición ante el alto tribunal, so pena de verse condenado en costas, lo cual hará menos frecuente su utilización, sin que a la fecha se pueda afirmar que el mecanismo haya sido fuertemente apropiado o internalizado por la ciudadanía, precisiones procedimentales complejas que en la práctica harán desaparecer lentamente el innovador instrumento de descongestión.

Ocurrirá algo parecido a lo que aconteció con la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, como consecuencia de la exagerada reglamentación interna que enlistó las formalidades de la acción, lo que en la práctica desincentivó el mecanismo, al extremo de haberse convertido hoy en un trámite excepcional

reservado únicamente para grandes académicos del derecho constitucional colombiano. Contrario a ello, se resalta cómo el Consejo de Estado, en la reforma de 2011, avanzó hacia la flexibilización de los requisitos del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, permitiendo al ciudadano del común citar algunas normas de la carta política, y otorgando además al operador judicial la tarea de realizar una revisión sistemática de las normas vigentes con el fin de detectar más normas violadas.

Con miras a reforzar realmente el mecanismo de extensión en sede judicial, se considera que los redactores del proyecto de ley hubieran podido ir más allá, radicando la competencia para decidir la solicitud de extensión de la jurisprudencia ante los jueces y los magistrados, garantizando, claro está, la doble instancia y, tal y como ocurre con la acción de tutela, creando además una especie de “recurso de insistencia ante el Consejo de Estado” que permita corregir los yerros en los que incurran los operadores judiciales de menor rango en la interpretación y aplicación de las sentencias unificadas a un caso concreto de extensión.

No se puede desconocer que en la actualidad los jueces y magistrados del contencioso conocen a profundidad y aplican a diario en sus fallos la *ratio decidendi* de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, razón por la cual estarían en capacidad de fallar las solicitudes de extensión elevadas por cualquier ciudadano en cualquier parte del país. Sería algo similar a lo que ocurre

con las tutelas, solo que se restringiría la competencia a los operadores judiciales del contencioso.

El cambio que aquí se sugiere, adicionado con algunas precisiones procedimentales relacionadas con “unos tiempos máximos para decidir” (20 días, por ejemplo), similar a lo que ocurre hoy con la tutela, daría un vuelco interesante al mecanismo de extensión, por cuanto mejoraría el acceso a la justicia y reduciría costos de transacción al usuario del sistema, al poder instaurar dichas solicitudes en cualquier juzgado administrativo del país, con la tranquilidad de contar con una segunda instancia y, además, con un recurso extraordinario de insistencia, que permitiría corregir cualquier yerro en la aplicación de dichos precedentes judiciales.

También se hubiera podido aprovechar la reforma para limitar la extensión a los casos que requieren simplemente un análisis de legalidad de la actuación administrativa, por cuanto en demandas de reparación directa por hechos de cualquiera de las tres ramas del poder, o en las demandas contractuales, el mecanismo no puede operar, en el entendido de que cada hecho o contrato comporta circunstancias únicas, sin posibilidad de analogía; y esto, además, requiere casi siempre de una práctica probatoria, razón por la cual no ha podido prosperar ninguna de las solicitudes de extensión elevadas hasta ahora ante la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En un segundo punto, se hubiera podido pensar en reforzar la obligación de los administradores públicos de aplicar las sentencias unificadas en sede administrativa,

so pena de generar responsabilidad civil, fiscal, penal y patrimonial, lo que hubiera contribuido a la descongestión de la jurisdicción y a consolidar la tarea de hacer efectivos los derechos en sede administrativa, mejorando la oportunidad y eficiencia en la provisión del servicio de justicia.

En otros términos, aplicar precedentes jurisprudenciales en sede administrativa cada vez que el ciudadano tenga el derecho, por la vía de la extensión de la jurisprudencia, permite realizar y proteger los derechos de las personas, y avanzar además hacia la coherencia que se requiere para interpretar las normas jurídicas aplicables a las actuaciones administrativas.

De esta manera, se mejoraría en la praxis la cooperación en la función de impartir justicia, inherente a la administración pública y a la jurisdicción contenciosa, actuando al unísono administradores públicos, jueces y magistrados, y dejando al Consejo de Estado la tarea de emitir fallos de unificación, respetuosos del bloque de constitucionalidad; así, los consejeros actuarían solamente en los casos en que el operador judicial inferior no sepa interpretar el contenido de los fallos del alto tribunal o desconozca los parámetros mínimos establecidos para que una entidad pueda negarse a aplicar un precedente, y lo haría vía un recurso nuevo de “insistencia”, evitando así que los fallos unificados sean desconocidos de manera arbitraria por las entidades estatales, “máxime cuando el ciudadano es quien reclama un trato igualitaria frente a su caso particular” (Beltrán, 2014, p. 391).

Es así como en este apartado del libro se propone crear una norma que permita volver responsables tanto al administrador público que niega una extensión de la jurisprudencia, como al funcionario de la Andje que conceptúa en el mismo sentido sin que existan argumentos válidos para ello, exigiendo además que todo concepto negativo realice una proyección económica de lo que costaría un fallo en sentido contrario, a pesar de existir jurisprudencia unificada que otorga el derecho, con el fin de facilitarle al juez la labor de estudiar el dolo o la culpa grave en los casos de repetición.

La responsabilidad del funcionario quedaría plenamente probada con la orden que emita el juez o magistrado al momento de exigir la aplicación de la sentencia de unificación al caso concreto, convirtiéndose esta en la prueba indiciaria por excelencia, para iniciar un proceso de repetición contra el funcionario que se negó arbitrariamente a su aplicación, presunción legal que admitiría prueba en contrario respecto del dolo o la culpa grave, la cual debería entrar a desvirtuar el demandado, eximiendo de esta carga a la entidad que funge como actora en estos casos de repetición.

Este cambio obligaría al administrador público y a la Andje a pronunciarse frente a las solicitudes de extensión con una mayor argumentación y precisión respecto de las falencias en la identidad fáctica, probatoria y jurídica de cada caso, así como el análisis económico de cuál sería el verdadero costo para la entidad, si deciden adentrarse en un proceso contencioso, y cuál su ahorro en un escenario de conciliación administrativa, lo que

según Zambrano Cetina (2012) permitiría avanzar en el papel que debe asumir la administración como garante de la realización de los derechos fundamentales, favoreciendo de paso la descongestión de la justicia contenciosa y avanzando hacia el ideal de una justicia pronta y cumplida.

La práctica ha demostrado que las entidades del Ejecutivo niegan las peticiones de extensión sin argumentos válidos, y peor aún, con el argumento vedado, tácito y arbitrario de que no existen recursos presupuestales para hacer frente a las solicitudes de extensión y mucho menos a las condenas del contencioso producto de estas pretensiones, considerandos que no se plasman en las actas fallidas o actos administrativos que niegan la extensión, pero que en la práctica son los que ha venido avalando los funcionarios del Ministerio de Hacienda, quienes recomiendan a través de circulares no conciliar en sede administrativa por ausencia de recursos para el rubro de condenas y conciliaciones.

Olvidan los administradores públicos que incurren hoy en esta mala práctica que estas actuaciones presuntamente ilegales resultan tres y cuatro veces más costosas para el Estado, por cuanto en el mediano plazo se pierde la posibilidad de conciliar y de lograr ahorros significativos para la entidad donde laboran. Desconocer abiertamente el amplio acervo probatorio que se allega en la mayoría de casos a las solicitudes de extensión, a sabiendas que en 3 o 4 años el actor tendrá un fallo a favor, y que la entidad deberá pagar sumas indexadas y con intereses moratorios, es un actuar

doloso que se debe prevenir a través de la acción de repetición.

Por ello, se insiste en la necesidad de responsabilizar a los funcionarios que niegan las solicitudes de extensión sin argumentos válidos, para propender efectivamente por un ejercicio serio de la función administrativa, cambiando la actitud de los servidores públicos para que sean más solidarios y fraternos con comunidad, y logren concretar sus derechos en sede administrativa, garantizando así el interés general y el cumplimiento de los principios propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, en especial el principio de la igualdad en el trato de los ciudadanos y el principio de la economía, los cuales se realizan cada vez que se ordena extender un fallo unificado.

La función unificadora y los vacíos del proyecto de ley

En este segundo capítulo se profundiza en los aspectos previstos en la reforma tendientes a reforzar la función unificadora del Consejo de Estado, indicando los aspectos positivos del proyecto y los vacíos con el fin de realizar algunas recomendaciones que podrían mejorar el mecanismo.

Seguidamente, se exponen las cuatro sentencias de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, junto con sus variantes, explicando la polémica que han generado en la opinión pública, y en especial en los defensores de derechos humanos, quienes consideran que estos cambios jurisprudenciales son regresivos y violan los precedentes internacionales plasmados por las cortes internacionales, los cuales serían de obligatoria aplicación en nuestra jurisdicción contenciosa, teniendo en cuenta el principio del *ius cogens* y el control de convencionalidad difuso que se ha venido predicando por la Corte Constitucional colombiana.

La función unificadora del Consejo de Estado y los cuestionamientos públicos respecto de algunas sentencias de unificación

En esta sección se explican los mecanismos previstos para reforzar la labor de unificación del Consejo de Estado, se hacen algunas críticas frente a los actores que podrían propiciar una unificación, y se analizan cuatro sentencias de unificación y sus respectivas variantes, las cuales provocaron profundas críticas por parte de las ONG, por estar violando al parecer estándares internacionales en torno al derecho internacional de los derechos humanos, en especial referentes al derecho a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado en Colombia, así como algunos principios generales del derecho.

La función unificadora del Consejo de Estado

Este es el segundo aspecto del segundo eje del proyecto de ley, el cual busca reforzar la función unificadora del Consejo de Estado de la siguiente manera:

- i) Para reforzar la función unificadora del Consejo de Estado se amplía la labor a los autos de sustanciación, lo que permitirá dar línea en algunos aspectos sustanciales y procesales que en muchos casos no han podido ser debatidos por no estar contenidos en los textos de las sentencias de instancias inferiores. Para el efecto, en la reforma se indica que si se trata de asuntos procesales transversales, estos deberán ser unificados únicamente por la Sala Plena de la corporación.

- ii) Con el fin de tener un mayor número de casos para estudiar respecto de su posible unificación, se adiciona como un deber de los magistrados y sus respectivas salas elevar sus peticiones de unificación al Consejo de Estado cuando adviertan que existen contradicciones interpretativas al interior del tribunal. La competencia para estas unificaciones se radica en cabeza de las secciones de la alta corporación, sin perjuicio de que a consideración de la Sección puedan ser enviadas a Sala Plena.

Sin embargo, en este punto la reforma se queda corta, por cuanto la experiencia ha demostrado que los jueces administrativos son quienes conocen en primera instancia los fallos que se revisan en segunda instancia en el tribunal, donde se revocan, modifican o confirman esos fallos; por tanto, los magistrados son quienes logran constatar las contradicciones que se pueden estar presentado al interior de las diferentes salas del tribunal, e identifican rápidamente las diferencias de criterios entre varias salas o secciones, y podrían ubicar rápidamente los expedientes, que están en su poder, pudiendo organizar la solicitud de unificación ante el Consejo de Estado con los aspectos que consideran contradictorios, indicando los fallos que los contienen.

No quedó así la reforma. En la práctica, podrían pasar muchos meses y hasta años sin que los magistrados se enteren que están entrando en contradicción, las diferentes secciones, respecto de algún criterio en especial, por cuanto en los departamentos no se

acostumbra a hablar entre magistrados de sección de los casos que se debaten al interior de sus salas, aunado al desafortunado abandono de la buena práctica de realizar boletines contentivos de los fallos más relevantes para la región, los cuales en la actualidad son prácticamente inexistentes. Es tan solo en los espacios académicos que ha propiciado cada encuentro anual de la jurisdicción donde se ha logrado debatir abiertamente sobre la casuística que se está llevando a cabo en las regiones, con talleres que han logrado detectar incongruencias o ambigüedades entre tribunales o al interior de ellos, por lo que la norma sugerida podría quedar en letra muerta.

De otro lado, se considera que las peticiones de unificación de la jurisprudencia debieron extenderse a los académicos o doctrinantes, así como a los litigantes, sin necesidad de que exista un expediente suyo en trámite, por cuanto son ellos quienes desde los espacios de investigación o el litigio logran detectar esta clase de incongruencias, ambigüedades, vacíos o contradicciones en cuanto a la aplicación de algunos criterios jurídicos por parte de los tribunales.

Desafortunadamente, en ese punto la reforma es regresiva, por cuanto no amplía el espectro de posibles actores para la solicitud de extensión, sino que por el contrario limita aún más los actores actuales, condicionándolos a que presenten sus solicitudes de unificación con anterioridad a la radicación de ponencia para sentencia, límite que sin justificación alguna no aplica para los consejeros de Estado, como tampoco para

el Ministerio Público, ni para la Andje, quienes pueden solicitar la unificación en cualquier momento, siempre y cuando hayan intervenido dentro del proceso, olvidando así que los primeros interesados en la unificación son los demandantes y los demandados.

Adicionalmente, se considera que la reforma hubiera podido ir más allá dándole participación y cabida a la ciudadanía en general para realizar las peticiones de sentencias de unificación, tal y como ocurre con la demanda por inconstitucionalidad, pudiendo extenderse a cualquier asunto que se esté tramitando en la jurisdicción sin necesidad de ser parte, debido a que finalmente somos todos los ciudadanos los que nos vemos afectados cuando se corrobora esta clase de ambigüedades y contradicciones al interior de la jurisdicción, por cuanto se afecta de manera directa la seguridad jurídica, la confianza legítima y la igualdad en el acceso a la justicia.

Finalmente, se hubiera podido pensar en propiciar una reforma adicional de la justicia, vía acto legislativo, que prevea un mecanismo adicional, expedito y de amplia participación ciudadana para corregir aquellas sentencias de unificación del Consejo de Estado que vayan en contravía de los precedentes de la Corte Constitucional o de la normatividad que ampara el bloque de constitucionalidad. Esta propuesta se ampliará en la sección “La ‘acción de revisión de precedentes de altas cortes’”.

Esto sin que se desconozca la posibilidad que tiene hoy el ciudadano de incoar tutela contra sentencia

para lograr que el fallo de unificación o el que lo aplica sean revisados por esta Corte, en sede de insistencia, con miras a hacer respetar sus propios precedentes, mecanismo que se sugiere de manera tímida en el texto de la Sentencia de constitucionalidad C-634 de 2011, que declaró exequible el artículo 10 del CPACA, fallo del cual se predica que la Corte lo aprovechó para convertirse en órgano de cierre de la rama judicial. Este acto legislativo podría aprovecharse también para hacer explícita esta nueva función del máximo tribunal, “órgano de cierre” en materia de derechos humanos.

Desafortunadamente, se debe reconocer que la tutela contra sentencias de unificación del Consejo de Estado, o contra aquellas que aplican dicho precedente jurisprudencial, no ha funcionado en la práctica; es así como, después de 8 años de expedición del CPACA, y contando hoy con 70 sentencias en materia laboral, 45 en responsabilidad civil extracontractual y 12 en materia contractual (Despacho 01 del Tribunal Administrativo del Magdalena, 2020), solo se ha utilizado la tutela contra sentencia en un solo caso (Consejo de Estado, exp. 24894), habiéndose declarado no procedente en sede de insistencia ante la Corte Constitucional. A continuación se profundiza en los argumentos esgrimidos en este fallo unificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y aquellas explicaciones plasmadas en el salvamento de voto.

La sentencia sobre la *actio in rem verso*

Se trata de una sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 19 de noviembre de 2012 (Consejo de Estado, exp. 24987), que ajusta los criterios para la procedencia de la *actio in rem verso*, habiendo establecido tan solo tres excepciones para que proceda el pago de los hechos cumplidos, cuyo contenido parecería estar quebrantando los principios generales del derecho de enriquecimiento sin causa y la buena fe. Sin embargo, en el texto de la sentencia se explica la razón por la cual debe prevalecer el criterio del contrato escrito en la mayoría de los casos, para evitar así la contratación sin el lleno de requisitos, con lo que se pretende ayudar a combatir la corrupción.

En la sentencia de unificación aludida se lee:

La Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 24987)

En el texto de la sentencia se hace alusión al artículo 39 de la Ley 80 de 1993, recordando que los contratos estatales son solemnes, por cuanto se exige un escrito para su perfeccionamiento, existiendo tan solo una excepción cuando se presentan hechos constitutivos de urgencia manifiesta, situación en la cual se puede realizar un contrato verbal según lo establecido en el artículo 41 de la misma ley.

Se explica, además, que las normas que exigen la solemnidad del escrito son de orden público, y por lo tanto no se pueden modificar o derogar por el querer de las partes. Por lo tanto, las partes de un contrato estatal deben siempre suscribir contratos escritos so pena de no considerarse perfeccionado el contrato.

En el mismo sentido, en la sentencia se advierte que solo resulta procedente la *actio de in rem verso* cuando no exista contrato, pero solo en unos casos excepcionales que se exponen en dicha sentencia y que resultan de aplicación restrictiva, los cuales se justifican por razones de interés general, y serían tres situaciones únicamente:

- i) Cuando el contratista logre acreditar que fue la entidad pública la que lo constriñó o la que le impuso la obligación de ejecutar otras obras o suministrar otros bienes por fuera del clausulado del contrato, prescindiendo de otrosí.
- ii) Cuando la entidad se vea en la necesidad de adquirir un bien específico, o solicitar un servicio, u ordenar obras, todas tendientes a evitar una lesión inminente a la salud, o una amenaza al derecho a la salud, cuya urgencia debe ser

manifiesta y objetiva, recordando que el derecho a la salud tiene conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal. Se debe demostrar, además, la imposibilidad absoluta de la entidad de entrar a planificar con el fin de adelantar un proceso de selección de un contratista para celebrar un contrato. Dichas circunstancias que impidieron cumplir con las etapas de la contratación estatal deberán estar debidamente acreditadas ante el juez administrativo. En todo caso, el juez deberá verificar que la decisión de la administración, con base en estas circunstancias especiales, haya sido realmente una decisión de urgencia, útil y necesaria, y que además haya sido la decisión más razonable, por cuanto se ajustó a las circunstancias de urgencia que llevaron a conjurar la situación.

- iii) Y finalmente, cuando la entidad, debiendo declarar una situación de urgencia manifiesta que se hace por escrito, deba omitir dicha solemnidad, procediendo de manera inmediata a solicitar la ejecución de una obra, o la prestación de un servicio, o el suministro de un bien, por estar exenta de hacerla.

Se explica además, en dicho fallo, que para que un juez pueda realizar el reconocimiento de la *actio de in rem verso* y del enriquecimiento sin causa, deberá limitar dicha condena al valor compensatorio que equivale exclusivamente al monto del enriquecimiento. De otra parte, el juez deberá compulsar copias a las autoridades

de control para que inicien las investigaciones penales, fiscales y disciplinarias respectivas.

Indica la corporación que el medio de control pertinente para solicitar esta *actio de in rem verso* es la reparación directa, sin que se esté desconociendo que es una acción autónoma de carácter compensatorio, y no una acción indemnizatoria. Sin embargo, aclaran que aunque no se olvide que la esencia del medio de control de reparación directa es la búsqueda de una indemnización, en los casos de enriquecimiento sin justa causa lo que se está debatiendo es un hecho de la administración, razón por la cual el medio adecuado es la reparación directa. Y como no se desconoce que este enriquecimiento sin justa causa sea la pretensión de la *actio de in rem verso*, con base en hechos de la administración, se debe concluir que el medio de control adecuado sea la reparación directa.

Al momento de expedirse esta sentencia de unificación, al interior de la sala plena de la Sección Tercera una de las consejeras de Estado, la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, salvó su voto, por considerar que el texto del fallo unificado desaparece del ordenamiento jurídico contencioso la figura del enriquecimiento sin causa, o, en su defecto, la vuelve inoperante, con el agravante de perderse el único instrumento de equidad y restablecimiento del equilibrio patrimonial que existe en materia contractual. Considera esta magistrada que la versatilidad y el efecto compensatorio del principio de “enriquecimiento sin justa causa” no es el mismo de una reparación directa, la cual opera únicamente

cuando se trata de indemnizar un daño antijurídico, imputable a la acción u omisión de agentes estatales.

En el salvamento de voto de la sentencia de unificación se lee:

La Sentencia de unificación convierte al enriquecimiento sin causa en una figura inoperante en el campo de lo contencioso administrativo, de suerte que, si se presenta un desplazamiento patrimonial —sin mediar causa o motivo alguno que lo justifique—, que enriquece a una parte y empobrece correlativamente a la otra, a partir de la decisión de la que me aparto no existe vía posible para contrarrestar tal situación de inequidad. Ello por cuanto, además de quedar descartada de plano la ruta que ofrece la *actio de in rem verso*, la acción de reparación directa aplicada excepcionalmente a los supuestos previstos por los literales a) y b) del proveído del que me aparto —ajenos por completo a los presupuestos del enriquecimiento sin causa—, impide materializar el principio de equidad que se ve desconocido cuando tiene lugar o se presenta un enriquecimiento sin causa. (Consejo de Estado, exp. 24987)

En dicho salvamento de voto también se explica que esta solución de remitir la *actio de in rem verso* al medio de control de reparación directa no es la adecuada, por cuanto dicha acción tiene unas características propias, tales como la autonomía, la excepcionalidad y la subsidiariedad, las cuales le son propias, no pudiendo encajar en una reparación directa porque hacerlo de esa manera es desconocer la existencia de un daño

antijurídico, lo que implica necesariamente tener que estudiar la naturaleza indemnizatoria de dicho daño.

Considera la consejera en su salvamento de voto que la Sala de la honorable corporación en primer lugar substituyó al legislador al despojar del efecto indemnizatorio a la *actio de in rem verso*.

En segundo lugar, afirma que la sala olvidó por completo que cuando existe un enriquecimiento sin justa causa no necesariamente existe un daño. Lo que realmente se configura es un desplazamiento patrimonial de una parte que se empobrece hacia otra que se enriquece, sin que haya mediado un contrato.

Explica la susodicha magistrada que la *actio de in rem verso* siempre será una acción independiente y autónoma, y que además tendrá un carácter subsidiario, excepcional, compensatorio o correctivo, por cuanto su fin es recomponer el equilibrio patrimonial de una de las partes del contrato, quien seguramente obró de buena fe. Por lo tanto esta acción no puede buscar que se declare la responsabilidad extracontractual de la administración pública, por cuanto aquí no existe daño. Afirma que al no existir daño desaparece la obligación de indemnizar, por lo que en ningún caso se podría comparar esta acción al medio de control de reparación directa.

Continúa explicando la consejera que la solución dada por la Sala en esta sentencia de unificación jurisprudencial, en el sentido de hacer desaparecer la *actio de in rem verso*, la cual tiene como finalidad conjurar la situación de inequidad que soporta un contratista

cuando verifica un enriquecimiento sin causa, significa perder un instrumento de equidad y de restablecimiento del equilibrio patrimonial de primer orden. Lamenta, así, que la versatilidad y el efecto compensatorio de la *actio de in rem verso* desaparezca, por cuanto esta no se compara con los efectos que brinda el medio de control de reparación directa, el cual se utiliza únicamente cuando se debe entrar a indemnizar un daño antijurídico, el cual debe además ser imputable a la acción u omisión de agentes estatales.

Concluye indicando que al haber hecho nugatoria la *actio de in rem verso* en esta sentencia de unificación, con el argumento de estar buscando restablecer el principio de la equidad, este tampoco se realizó en la resolución del fallo, por cuanto se negaron las pretensiones sin que mediara causa o motivo que justificara el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento correlativo de la otra parte, por lo que finalmente no se aplicó el principio de la equidad.

Finalmente, explica que el remedio compensatorio de la *actio de in rem verso*, el cual realiza el principio de la equidad, permite corregir esta injusticia e impide que dicho principio se aplique haciendo caso omiso de las situaciones especiales y singulares de cada caso concreto, por lo que considera que la casuística le resta toda la fuerza y operatividad a la figura de la *actio de in rem verso*. Por el contrario, el lente que ofrece el principio de enriquecimiento sin causa, en lo relacionado con la *actio de in rem verso* como acción independiente y autónoma, posibilita a los jueces administrativos

ensanchar su horizonte de comprensión y entendimiento, facilitándoles la toma de decisiones, para que esto no se haga de manera mecánica, automática y ausente de reflexión, sino que por el contrario, el juez pueda realizar un análisis completo y detallado de los hechos y las normas que rigen la contratación estatal, para fallar en equidad los casos que se le presenten por hechos cumplidos (Consejo de Estado, exp. 24987, S Salvamento de voto, p. 123).

En la tutela que se incoó el año pasado y que fue fallada en sede de insistencia, a principios del año 2020, por conjueces de la Corte Constitucional, se planteaba la presunta violación del debido proceso por haber sido expedido este fallo ordinario únicamente con la firma de dos magistrados de la sección, habiendo aclarado el voto uno de ellos, por lo que no existía *quorum* para pronunciar una decisión de fondo. Se hubiera podido aprovechar esta acción para la Corte procediera a ajustar el precedente unificado existente desde el año 2012, por cuanto en sede de tutela cualquier juez del país puede analizar otros derechos posiblemente violados, lo que le hubiera permitido suspender la limitación del pago de hechos cumplidos a las causales allí especificadas, pudiendo dar nuevamente vía libre al juez para analizar cada caso y decidir con base en criterios de equidad si procede o no el pago; sin embargo, el fallo la declaró improcedente por temas de forma, sin que se hubiera analizado el contenido del precedente unificado que se citaba y la posible violación de principios generales del derecho, tales como la buena fe y el enriquecimiento

sin justa causa, a la luz de los precedentes propios de la Corte Constitucional.

Es por ello que aquí se sugiere crear un mecanismo nuevo ante la Corte Constitucional, que podría llamarse “acción de revisión de los precedentes de altas cortes”, que permitiría revisar cualquier sentencia de un alto tribunal, tema que será profundizado en el último capítulo de este trabajo.

La sentencia que varía los precedentes unificados sobre falsos positivos

Se trata de la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020 (Consejo de Estado, exp. 61033), que ordenó contabilizar el tiempo de caducidad del medio de control de reparación directa para los casos de “falsos positivos”, y en general aquellos relacionados con el conflicto armado, donde entrarían las muertes selectivas propinadas a líderes y el desplazamiento forzado. En ella se establece que el término de caducidad empieza a correr desde el momento en que la víctima conoce o presume conocer el actor del hecho punible, salvo cuando logre demostrar que fue sujeto de amenazas o persecución, situación que le impidió acudir a la justicia contenciosa.

Con este cambio de posición, se desconocen abiertamente los precedentes nacionales e internacionales, respecto de la *no caducidad* de los hechos que comportan delitos de lesa humanidad, lo cual deja en total desprotección a las víctimas del conflicto armado, en especial

aquellos que fueron sujetos de ejecuciones extrajudiciales por parte del Estado.

En la sentencia de unificación precitada, se lee:

Las premisas establecidas por el legislador en materia de responsabilidad patrimonial del Estado comparten la misma finalidad de la imprescriptibilidad de la acción penal frente a los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pues en los dos ámbitos operan reglas en virtud de las cuales el término pertinente no resulta exigible hasta tanto se cuente con elementos para identificar a quien le resulta imputable el daño pertinente. (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 61033, § 5. Tesis de unificación)

Y a renglón seguido la sala entra a explicar la diferencia que existe entre la imprescriptibilidad de la acción penal y la del medio de control de reparación directa de la jurisdicción contenciosa, así:

En el primer evento —el penal— esta situación se predica de los autores y partícipes del delito, bajo la imprescriptibilidad de la acción y, en el segundo —en materia de responsabilidad patrimonial del Estado—, dicho supuesto versa sobre los particulares que ejerzan funciones administrativas y las entidades que estén llamadas a indemnizar los perjuicios causados, *caso en el que se aplica el término de caducidad solo desde el momento en que el afectado tuvo la posibilidad de saber que resultaron implicadas en los hechos.*

En suma, las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad penal en los casos de lesa humanidad y los crímenes de guerra también se encuentran previstas en el campo de lo contencioso administrativo, bajo la premisa del *conocimiento de la participación por acción u omisión del Estado, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra*. (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 61033, § 5 Tesis... [cursivas fuera del texto])

Es así como en este fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que debía unificar su posición frente a la figura de caducidad en el medio de control de reparación directa, cuando las víctimas incoen pretensiones indemnizatorias con ocasión de los delitos que se consideran de lesa humanidad, o los crímenes de guerra. Consideró, así, que para estos casos concretos en los cuales se demande la responsabilidad del Estado el operador judicial deberá exigir que se respete el término de caducidad establecido por el legislador, el cual no puede ser superior a dos años, salvo en los casos de desaparición forzada, los cuales tienen regulación expresa, debiendo computarse este término desde el momento en que los afectados conocieron o debieron conocer la participación del Estado por acción u omisión y, por ende, advirtieron la posibilidad de imputar al Estado su responsabilidad patrimonial. La única excepción que permite la sala para que no se contabilice esta caducidad es cuando se observen situaciones que hubiesen impedido materialmente el

ejercicio del medio de control, sin embargo, se advierte que una vez superada dicha situación, empezará nuevamente a correr el plazo de dos años.

Precisan además que el término de caducidad no se aplicará en aquellas situaciones en las cuales se adviertan circunstancias que hubiesen impedido el ejercicio del medio de control desde el punto de vista material, lo cual puede ocurrir en los casos donde se adviertan delitos de lesa humanidad en los que se pretenda demandar la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto en estos casos no resulta determinante la situación que causó el daño, sino, por el contrario, la condición particular de las personas que acuden a la administración de justicia.

Las ONG de derechos humanos que operan en Colombia han criticado esta sentencia por considerar que no se respeta el estándar internacional que exige la imprescriptibilidad de las acciones judiciales cuando se trata de delitos de lesa humanidad, y la obligación del Estado de reparar a las víctimas del conflicto armado.

Y se considera que tienen razón en su argumentación las ONG, por cuanto el artículo 29 del Estatuto de Roma establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Además, en Colombia también se debe dar aplicación a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aunque se debe reconocer que aún no ha sido ratificada por Colombia; sin embargo, al hacer parte del *ius cogens* se convierte en un precepto imperativo

e inderogable, con vocación universal, no disponible para las partes, lo cual hace que, independientemente de que Colombia lo haya suscrito o no, deba cumplirlo como compromiso *erga omnes*, con el fin de prevenir y erradicar las violaciones a los derechos humanos que desconozcan la dignidad humana.

La Convención de Viena de 1969 es el instrumento que oficializó todo lo relacionado con el derecho de los tratados. Allí se lee que *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional; por lo tanto, es una norma que se encuentra vigente para todos los Estados, por lo que se encuentran impedidos para suscribir acuerdos o expedir normas que lo contraríen, pudiendo ser modificados los tratados únicamente por normas posteriores que hagan parte del derecho internacional y que tengan el mismo carácter. De lo anterior se infiere que esta normatividad es parte integrante del bloque de constitucionalidad; por lo tanto, es de obligatoria aplicación para todos los jueces y magistrados, a través del control de convencionalidad difuso que se aplica en Colombia.

En lo que respecta al control de convencionalidad difuso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, dijo:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso

particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia)

En cuanto a la responsabilidad internacional del Estado ocasionada por un operador judicial que decide aplicar una ley que viola la Convención, la Corte IDH indicó:

El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia)

Al respecto, explicó que esta corporación

es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento

jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.* (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia, párrs. 123-124 [cursivas fuera del texto])

En cuanto a la forma como los jueces deben interpretar la normatividad y jurisprudencia internacionales, dando aplicación al control difuso de convencionalidad, Ferrer Mac-Gregor (2011) refiere:

Si observamos con atención los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, sea por las reformas que las propias constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. Es

una práctica que ya venían realizando algunos tribunales, cortes y salas constitucionales en América Latina, incluso con anterioridad al Caso Almonacid Arellano vs. Chile, como se advierte de los ejemplos de algunas sentencias dictadas por esas altas jurisdicciones y que se reproducen en los párrs. 226 a 232 de la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.

La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un “deber” hacia todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de “bloque de convencionalidad” mínimo para considerar la aplicabilidad del *corpus iuris* interamericano y con ello establecer un “estándar” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho tribunal internacional. (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 598)

Respecto de la figura de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, la Corte IDH, en el caso de La Cantuta vs. Perú, indicó:

El Estado está obligado a combatir la situación de impunidad que impera en el presente caso por todos los medios disponibles, ya que esta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer toda la verdad de los hechos, inclusive quiénes son todos los responsables de los mismos. Este derecho a

la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas que el Estado debe satisfacer. (Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia)

En este fallo de la Corte IDH se empieza a desarrollar el contenido del derecho a la verdad para las víctimas, indicando que este se convierte en un medio importante para la reparación integral. Continúa la Corte explicando la importancia de diferenciar los crímenes de lesa humanidad:

Según el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. [...] Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, [...] los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. (Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia)

A reglón seguido explica las razones por las cuales un Estado, así no haya ratificado la Convención, deberá también aplicar este estándar de imprescriptibilidad frente a los delitos de lesa humanidad, lo que según esta alta corporación hace parte del derecho internacional general, o *ius cogens*. Por lo que infiere que el Estado no puede dejar de cumplir estas normas imperativas, sino que debe investigar cada caso y sancionar a los responsables, removiendo todos los obstáculos que permitan la impunidad y utilizando todos los medios para hacer una investigación rápida, para evitar que se repitan estos hechos tan gravosos.

Continúa explicando que el Estado en ningún caso podrá hacer alusión a una norma interna para eximirse de dicha responsabilidad de investigar. No podrá por ejemplo aplicar leyes de amnistía, ni argumentar prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada o el principio de *non bis in idem*. Al Estado se le debe exigir que reabra las investigaciones de aquellos que fueron absueltos por la justicia penal militar.

Recuerda que la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana exige que los países miembros adopten las medidas necesarias, judiciales y diplomáticas para juzgar y sancionar a los responsables de dichas violaciones, debiendo además impulsar las solicitudes de extradición, según las normas internas o internacionales pertinentes.

Finalmente, respecto del mecanismo de garantía colectivo y su respectiva efectividad, la Corte IDH

recuerda que los Estados parte deben colaborar entre ellos para erradicar la impunidad y deberán asegurar a los familiares el pleno acceso y la capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de conformidad con la normatividad interna y el texto de la Convención Americana. Asimismo, los resultados de dichas investigaciones deberán ser divulgados por el Estado para que se conozca la verdad (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia, párr. 159-ss.).

En sentido similar, la Corte IDH, en el primer caso citado, indicó:

En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia)

Explica que aun cuando Chile no haya ratificado dicha Convención, se considera nuevamente que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de derecho internacional general (*ius cogens*), por lo que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella.

En cuanto a las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el incumplimiento del Estado en la obligación de reparar las víctimas del conflicto armado interno, y la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos, Claudio Nash Rojas (2009) afirma:

En el ámbito de la reacción frente a violaciones, el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso de que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad. (Nash Rojas, 2009, p. 22)

Cuando habla de efectividad se refiere a obtener resultados concretos, con personas sancionadas, a quienes se les condene y que contribuyan a reparar a las víctimas.

A reglón seguido, explica que la obligación de castigar a los responsables de estos crímenes de lesa humanidad nace, a su vez, de la obligación que tienen los Estados de garantizar la justicia, según el artículo 1.1. de la Convención Americana. Lo anterior implica que el Estado debe organizar todo el aparato judicial y de gobierno, con el fin de asegurar la realización de los derechos humanos.

En lo relacionado con la posibilidad de reabrir las investigaciones, incluso cuando existan sentencias absolutorias de la justicia penal militar que recaigan en los presuntos responsables, la Corte, en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, indicó:

Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*. (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia)

Al respecto, Quinche Ramírez (2009) refiere que la *ratio decidendi* de estas sentencias es aplicable en la jurisdicción interna colombiana, en virtud del control de convencionalidad. Este control permite verificar la manera como los jueces en Colombia, forzados por las

circunstancias, han incluido como variable real en sus decisiones normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los estándares y reglas desarrolladas en las sentencias de la Corte IDH. Las decisiones de esta Corte han impuesto la obligatoriedad de las reglas jurisprudenciales contenidas en ellas.

Para el caso colombiano, el Consejo de Estado ha venido aplicando el control de convencionalidad difuso. El mejor ejemplo de ello son las ocho sentencias de unificación expedidas el 28 de agosto de 2014 por la sala plena de la Sección Tercera, donde se traen a colación varios casos fallados por la Corte IDH para referirse a la obligación que tiene el Estado de reparar a las víctimas, con base en los estándares propuestos por la Corte Internacional, habiéndolos aplicado a los casos de falsos positivos, uso excesivo de la fuerza, desplazamiento forzado, y habiendo hecho propia la disposición de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, precedentes que fueron cambiados en la desafortunada sentencia del 20 de enero de 2020 ya citada.

Se precisa que el 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado expidió un documento de 500 páginas, contentivo de ocho sentencias de unificación, cuyos casos fueron distribuidos previamente en la Sección Tercera, escogiendo los procesos más recurrentes en todo el país en materia de reparación directa. A cada consejero le correspondió un caso, que proyectó para aprobación unificada en sala plena. El objetivo de este trabajo colegiado era dar línea a los jueces y

magistrados, facilitando así la argumentación de las sentencias para casos similares, habiendo propuesto además parámetros unificados de indemnización respecto de los casos donde el daño se concreta en muerte, lesiones personales, privación injusta, para lo cual se establecieron tablas de indemnización para los perjuicios inmateriales, tales como perjuicios morales, daño a la salud, daño a los bienes constitucionalmente amparados, brindando así mayor seguridad jurídica a las víctimas de estos hechos del Estado.

Los casos analizados en esa oportunidad fueron los siguientes:

- i) Servicio militar obligatorio, caso que falló bajo el régimen de falla del servicio. Este primer fallo se ocupa del caso de un soldado que presta el servicio militar obligatorio, también llamado soldado conscripto, a quien le explotó una granada cuando se encontraba en clase de manejo de armas. El soldado fue amputado en ambas piernas. Según los técnicos del Ejército, este artefacto se encontraba defectuoso. La sentencia sirvió para recordar que en estos casos el régimen que se debe aplica, oscila entre la falla del servicio y el riesgo excepcional, dependiendo de las pruebas que se alleguen al proceso. En el fallo se unifican los parámetros de indemnización a que tiene derecho la víctima directa y cada uno de sus familiares, en torno a los perjuicios morales, cuando el tema versa sobre lesiones personales (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 31172).

- ii) Privación injusta de la libertad, responsabilidad objetiva del Estado. Se trata de una persona a quien se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario. La sentencia sirvió para determinar que en estos casos se debe aplicar el régimen objetivo, precisando que los porcentajes a que tienen derecho las víctimas y sus familiares dependen del tiempo de duración de la privación (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 36149).
- iii) Muerte en el centro de reclusión de menores. Se trata de la muerte de un menor que se encontraba en un centro de reclusión de menores de la ciudad de Pereira. En el fallo de unificación se estableció la responsabilidad por incumplimiento de las funciones de vigilancia y cuidado que debía cumplir el centro de reclusión de menores y se falló por el régimen de falla en el servicio, al probarse fehacientemente las fallas del personal de vigilancia. Sirvió también para unificar lo concerniente a las medidas de reparación no pecuniarias (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 26251).
- iv) Falla en la prestación del servicio médico. Se trata de una pareja que pierde su bebé en un hospital público al momento del parto. Por demoras en la atención, la paciente tuvo que ser pasada a cesárea y la criatura nació sin vida. La sentencia permitió fijar los parámetros para reconocer el daño a otros bienes constitucionalmente protegidos y para

- ejemplificar las medidas de reparación integral que se pueden ordenar en estos casos: a) se ordenó que el hospital diseñara y pusiera en ejecución políticas públicas que permitan garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer gestante, así como a los bebés, b) se ordenó además enviar el fallo a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer, para que allí promuevan programas tendientes a optimizar la atención en ginecoobstetricia, minimizando los eventos de muerte perinatal, y c) enviar la sentencia a la Sala Administrativa del CSJ, Comisión Nacional de Género de la Rama, para que la incluyeran en el Observatorio de Política de Igualdad y No Discriminación con Enfoque Diferencial y de Género (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 28804).
- v) Uso excesivo de la fuerza. Se trata de un joven que se movilizaba en una moto, de repente oye orden de detenerse proveniente de algunos miembros de las Fuerza Armadas, específicamente del Ejército Nacional. En el momento en que se detiene es agredido física y verbalmente, lo empujan a un río sucio cercano, donde es objeto de varios disparos, y se le alcanza a impactar en el brazo derecho. El fallo sirvió para sentar jurisprudencia en torno al daño a la salud. En él se explica que este daño deriva de una lesión a la integridad psicofísica de la víctima. El juez debe verificar la gravedad y la naturaleza de la

lesión padecida. La lesión debe valorarse por la Junta Regional de Invalidez, la cual determina el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 31170).

- vi) Deficiente prestación del servicio de salud en los centros carcelarios. Se trata de un extranjero parapléjico que fue capturado al encontrar que llevaba droga en su cuerpo, quien fue llevado a la cárcel de Barranquilla y luego trasladado a la penitenciaría de La Picota en Bogotá. La atención clínica que se le brindó al interior de la cárcel fue insuficiente, razón por la cual tres meses después de su detención fue remitido al Hospital San Ignacio, en donde le diagnosticaron gangrena de Fournier y carcinoma de colon. La sentencia sirvió para fijar los parámetros de indemnización del perjuicio a la salud, como daño inmaterial proveniente de la lesión a la integridad psicofísica de una persona (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 28832).
- vii) Riesgo excepcional y/o falla en el servicio al interior de las fuerza militares. Se trata de la masacre de policías en el municipio de Roncesvalles, Tolima, con ocasión de la toma guerrillera de la estación de policía, sin que el Ejército Nacional los hubiere auxiliado, a pesar de las comunicaciones previas que se habían realizado al respecto. A pesar de que el Ejército estuvo sobrevolando por el sitio con el avión fantasma, no colaboró de manera eficiente para que se pudiera repeler el

hostigamiento o toma guerrillera. De otra parte, el personal de refuerzo que descendió de un avión no confrontó al enemigo, pues ya se habían ido los guerrilleros, por lo que se materializó la falla en el servicio. Se estableció que estos casos pueden estudiarse a la luz de la teoría de la falla del servicio, o también del riesgo excepcional, siendo este último diferente al riesgo propio del servicio o mayor al que deben afrontar los demás compañeros de las Fuerzas Militares, recordando que en tales eventos se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 27709).

- viii) Falsos positivos. El caso trata de dos jóvenes campesinos muertos a manos del Ejército Nacional por un supuesto enfrentamiento armado entre la guerrilla y la institución militar, donde también desaparecieron dos adultos, quienes eran padres de los “presuntos guerrilleros” y habían salido a buscar a sus hijos que no aparecían. La sentencia permitió unificar lo relativo a los daños inmateriales por la vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencionalmente amparados. A título de garantías de no repetición, al haberse constatado que la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada no habían sido investigadas por la justicia ordinaria, y que la justicia penal militar había dictado un auto inhibitorio, se ordenó enviar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigara los

hechos y lograra su declaratoria como delitos de lesa humanidad, debiendo hacer públicos los nombres de los autores intelectuales que favorecieron la comisión de estos delitos. Así mismo, se ordenó remitir copias a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas para que accionaran los mecanismos de su competencia, y al Centro Nacional de Memoria Histórica. Con fines preventivos, se ordenó al Ministro de Defensa dar a conocer la sentencia a los asesores jurídicos de las unidades militares, a los jueces y fiscales de la justicia militar y al personal de los batallones y brigadas del Ejército Nacional. A título de garantías de satisfacción, se ordenó al Ministerio ofrecer disculpas públicas en la Asamblea Departamental de Antioquia a los familiares de las víctimas, y publicar el contenido del fallo en un diario de amplia circulación (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 32988).

En esta última sentencia, el consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero citó el artículo 1.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 3.º común de los Convenios de Ginebra de 1949, e hizo alusión al control de convencionalidad, trayendo a colación las sentencias del 26 de septiembre del 2006 en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y la del 26 de septiembre de 2010 en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Allí se lee:

[...] el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional. [...] pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, *el juez contencioso administrativo, en aras de amparar in extenso a una víctima de un conflicto armado, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales.* (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 32988 [cursivas fuera del texto])

El haber incluido en esta sentencia de unificación sobre “ejecuciones extrajudiciales” apartes de los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, junto con las reglas jurisprudenciales que allí se desarrollaron, tendientes a reforzar la obligación del Estado en lo relacionado con los derechos de las víctimas del conflicto como sujetos de especial protección; y haberlo hecho en ejercicio del control de convencionalidad difuso, aplicando además los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, le sirvió a los jueces y magistrados del contencioso para fallar con esta *ratio decidendi* y proceder a

indemnizar a las víctimas, sin límite de tiempo, durante un lapso de cinco años, mientras estuvo vigente esta sentencia de unificación, lo que evitó la impunidad de esta clase de crímenes realizados por los militares, con conductas recurrentes y sistematizadas al interior del Ejército Nacional, conocidas popularmente como “falsos positivos”. El cambio de esta línea jurisprudencial ocurrido con la sentencia del 20 de enero de 2020 se ha considerado por los académicos como un retroceso lamentable e injustificado, en plena época de implementación de los Acuerdos de La Habana para lograr la paz, respecto de la aplicación obligatoria del control de convencionalidad difuso, lo que hará perder legitimidad a la institución frente a las víctimas del conflicto.

Respecto de la posición que ha tenido la Corte Constitucional en torno a la obligatoriedad de la doctrina de los tribunales internacionales para los jueces que estén produciendo fallos relacionados con presuntas violaciones a los derechos humanos, tanto en la justicia ordinaria como en la contenciosa —teniendo en cuenta que muy posiblemente será esta alta corte la que deba conocer, en sede de insistencia, de las tutelas que empiecen a incoarse con ocasión de este nuevo precedente, que autoriza contar la caducidad desde la ocurrencia del hecho—, se tiene que la posición de este “órgano de cierre” no ha sido pacífica.

Es así como en la Sentencia C-481 de 1998 (Corte Constitucional, Sala Plena), donde resuelve un problema de discriminación laboral por sexo, la alta corte

puntualiza que se deben acoger los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos.

Luego, en una posición menos rígida, en la Sentencia C-370 de 2006 (Corte Constitucional, Sala Plena) afirma que la jurisprudencia de las instancias internacionales es un criterio hermenéutico, por cuanto son ellas las competentes para interpretar esos tratados. El contenido, la interpretación y sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos realizado por esas cortes es obligatorio.

En este segundo fallo, la corte aprovecha para incorporar a la legislación colombiana los parámetros o estándares respecto del derecho a la reparación integral de las víctimas, con ocasión del control que se realizó a la Ley 975 de 2005, cuyo texto, según concepto de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Defensoría del Pueblo, y algunas ONG de derechos humanos, contenía una especie de amnistía velada en favor de las Autodefensas Unidas de Colombia⁴. La sentencia que expidió la Corte en su momento fue condicionada y pretendía, según palabras de los magistrados, impedir que quedaran en la impunidad los delitos cometidos por los paramilitares,

⁴ Esta tesis fue sostenida por la Defensoría del Pueblo, la Comisión Colombiana de Juristas, Amnistía Internacional y Human Rights Watch, quienes criticaron fuertemente la ley desde el punto de vista de los defectos y vacíos que comportaba.

y ajustar la ley a los estándares internacionales de protección y juzgamiento; así mismo, evitar que la Corte Penal Internacional intervenga, al dejar salvaguardado el contenido de los derechos de las víctimas.

En el texto del fallo se observa cómo la Corte retoma los estándares contenidos en los fallos de la Corte IDH, indicando que fueron incorporados a la legislación por su relevancia como fuente de derecho internacional, el cual es vinculante para Colombia, por cuanto son fallos que interpretan los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para el efecto, realiza reconstrucciones de los siguientes fallos de la Corte IDH: i) El caso Godínez Cruz vs. Honduras, ii) el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, iii) el caso Barrios Altos vs. Perú, iv) el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, v) el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, vi) el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, vii) el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia y viii) el caso de la comunidad Moiwana vs. Suriname, los cuales le sirvieron a la Corte Constitucional para recordar al Estado colombiano sus deberes de prevención, investigación, sanción y reparación de los derechos de las víctimas. Allí se precisa la regla de incompatibilidad de las leyes de amnistía o indulto respecto de estos delitos, y se establecen estándares para la satisfacción del derecho a la verdad y a la reparación integral de las víctimas. También se llenó de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva, indicándole al Estado que debe realizar procesos de investigación y

juzgamiento serios y efectivos que impidan la impunidad; y se reiteró la responsabilidad del Estado por la actuación en connivencia con miembros del Ejército colombiano. Se precisó que las víctimas tienen también el derecho a una reparación colectiva, sobre todo en el caso del desplazamiento forzado.

Luego, en la Sentencia C-579 de 2013 (Corte Constitucional, Sala Plena) —volviendo a la posición fuerte de aplicación del control de convencionalidad difuso a los casos relacionados con el conflicto armado interno, con ocasión del estudio de la exequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2012, por el cual desarrolló el Marco Jurídico para la Paz que buscaba darle herramientas al Gobierno para encarar las negociaciones de paz con el grupo de las FARC y avanzar en la implementación de la justicia transicional—, la Corte recordó el compromiso del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos de las víctimas, y en general de toda la sociedad.

Al respecto, se expresó en los siguientes términos:

En virtud de este mandato, existe la obligación de: i) prevenir su vulneración; ii) tutelarlos de manera efectiva; iii) garantizar la reparación y la verdad; y iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-579/13)

Precisó además que en virtud de los instrumentos de derechos humanos y del derecho internacional humanitario es necesario que se apliquen procedimientos de

juzgamiento —en materia de justicia transicional—, asegurando en todo caso que al menos se enjuiciarán aquellos delitos que se consideran de lesa humanidad. En las conclusiones de este fallo se lee lo siguiente, en torno a la obligación del Estado de reparar a las víctimas del conflicto armado interno, por tratarse de delitos imprescriptibles:

En este sentido, se reitera que las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, las desapariciones forzosas, el desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de personas están comprendidas dentro de los delitos de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio que son mencionados en el Acto Legislativo 01 de 2012, *por lo cual, deberá utilizarse este marco para hacer una investigación, juzgamiento y sanción muy seria de estos crímenes e imputarlos a sus máximos responsables.* (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-579/13)

Es así como en este fallo la Corte indica que ha tomado atenta nota de lo señalado en el informe intermedio de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre Colombia, de noviembre de 2012, cuya conclusión resalta precisamente la necesidad de establecer prioridades, y dentro de estas señala que se tendrá especial atención en el juzgamiento de la promoción y la expansión de los grupos paramilitares, las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzosos, las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales,

y los casos de ejecuciones extrajudiciales, también llamados “falsos positivos”.

Explica la alta corporación que existen una serie de conductas especialmente graves cuya comisión debe ser imputada de manera prioritaria a los máximos responsables, pues constituyen violaciones generalizadas a los derechos humanos, frente a las cuales el Estado debe adoptar decisiones firmes, en tanto han afectado por muchos años a los colombianos como consecuencia del conflicto armado. De acuerdo con la Corte, se debe i) seleccionar y priorizar la investigación de aquellas graves violaciones a los derechos humanos que han sido reconocidas por la comunidad internacional y que hayan sido cometidas de manera sistemática, como la tortura, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales como delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra según el caso; ii) seleccionar y priorizar los delitos que impliquen violencia sexual o física contra las mujeres como delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra según el caso; iii) seleccionar y priorizar el desplazamiento forzado como crimen de lesa humanidad o de guerra según el caso, y iv) seleccionar y priorizar los delitos contra los menores de edad cometidos de manera sistemática y en especial el reclutamiento forzado como crimen de guerra (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-579/13).

En otro de sus apartes, explica la Corte Constitucional que uno de los componentes esenciales de la administración de justicia es el derecho a la verdad, el cual no solamente tiene un elemento individual, sino también

uno colectivo, como derecho de toda la sociedad a conocer lo sucedido en el conflicto armado con el objeto de remediar las causas de la confrontación.

Finalmente, hace alusión al articulado de la Ley Estatutaria para indicar que este deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; por lo que “el mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-579/13).

Así pues, de los apartes transcritos se puede inferir que la Corte Constitucional avanzó hacia una posición fuerte respecto de la aplicación del control de convencionalidad difuso⁵ en materia de administración de justicia interna, ya sea ordinaria o transicional,

⁵ El control difuso de convencionalidad es el examen de compatibilidad que debe realizarse entre los actos nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH. Los parámetros o estándares de reparación de víctimas pueden ser válidamente ampliados en sede nacional, cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión.

indicando claramente que los fallos impartidos por la Corte IDH nos vinculan, y que los tratados internacionales de derechos humanos y los protocolos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Hace alusión a la responsabilidad que le atañe al Estado por sus acciones y omisiones frente al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, debiendo aplicar de manera directa las normas internacionales y la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte IDH, especialmente en lo concerniente a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Haber desconocido la doctrina de los tribunales internacionales en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 61033), del 29 de enero de 2020, en torno a la reparación que se le debe a las víctimas del conflicto armado en Colombia, y en especial de los “falsos positivos” —en pleno proceso de paz, con un gobierno que ha puesto zancadilla a la implementación del proceso de los Acuerdos de La Habana en lo relacionado con los recursos que se deben direccionar a las víctimas a través de la JEP y la Comisión de la Verdad— permite prever que en los próximos años el Estado será declarado responsable y condenado por haber violado su obligación de aplicar los precedentes de los tribunales internacionales en materia de reparación integral.

A continuación, se analizará otra de las sentencias de unificación que cambió el precedente en lo relacionado con el cómputo de la caducidad en los accidentes que

sufren los miembros del Ejército Nacional con ocasión del servicio.

La sentencia sobre el cómputo de la caducidad del daño en miembros de la Fuerza Pública

Se trata de la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2018 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 47308), relacionada con el conteo de términos de caducidad para el daño antijurídico ocasionado a los soldados conscriptos, debido a los accidentes que se producen en contexto de conflicto armado interno, con ocasión del servicio, fallo que cambió el criterio que se venía siguiendo y reiterando por más de una década en la Sección Tercera del Consejo de Estado, el cual indicaba que este cómputo iniciaba a partir de fecha de la Junta Médica Laboral, fecha en que se consideraba que la víctima conocía realmente la dimensión del daño ocasionado. El fallo unificado de noviembre de 2018 cambia el momento en que debe iniciar el conteo, para dejarlo a partir de la fecha en que se produjo el daño, salvo contadas excepciones, eliminando para estas víctimas la posibilidad de obtener una indemnización por los daños sufridos en el contexto del conflicto armado interno.

En el texto del fallo se lee:

Respecto de los hechos que generan efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables en la integridad psicofísica de las personas, *aquellos cuyas consecuencias se vislumbran*

al instante, con rapidez, y dejan secuelas permanentes, la contabilización del término de caducidad se inicia desde el día siguiente al acaecimiento del hecho, al tenor del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el literal i del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, al tratarse de casos relacionados con lesiones personales cuya existencia solo se conoce de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, se hace necesario reiterar la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala que indica que, según cada caso, será el juez quien defina si contabiliza la caducidad desde el momento de la ocurrencia del daño o desde cuando el interesado tuvo conocimiento del mismo; es decir, que impone unas consideraciones especiales que deberán ser tenidas en cuenta por el instructor del caso. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 47308)

En este mismo fallo explica la Sección Tercera que esta posición o postura guarda relación con la del legislador, específicamente en el texto del artículo 164, literal i, de la Ley 1437 de 2011, al señalar que el parámetro a seguir para el inicio del cómputo del término de caducidad es el momento en el que “el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo [del daño] si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 47308).

Lo anterior por cuanto el juez puede encontrarse con diversos escenarios, a saber: i) ocurrido el hecho dañoso, inmediatamente se conoce del daño, esto porque es evidente, es decir, el hecho y el conocimiento del daño son concomitantes, y desde allí se debe contar el término de caducidad; ii) cuando se causa el daño pero no se tiene conocimiento sobre ello, en este caso el término se cuenta desde que se conoce el daño. La Sala reiteró, además, que es una carga de la parte demandante demostrar cuándo conoció el daño, y, si es pertinente, la imposibilidad de haberlo conocido en el momento de su causación, por lo que juez debe estudiar lo ocurrido en cada caso y determinar la fecha en la cual comenzó a correr el término para demandar.

En estas condiciones, indica la sala,

la fecha de conocimiento sobre la magnitud del daño, a través de la notificación del dictamen proferido por una Junta de Calificación de Invalidez no puede constituirse, en ningún caso, como parámetro para contabilizar el término de caducidad, por cuanto: el dictamen proferido por una junta de calificación de invalidez no comporta un diagnóstico de la enfermedad o de la lesión padecida por una persona, pues la junta se limita a calificar una situación preexistente con base en las pruebas aportadas, entre las cuales se destaca la historia clínica del interesado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 47308)

Además, la junta puede ordenar la práctica de exámenes complementarios para determinar aspectos necesarios que inciden en la valoración de cada caso concreto. Su función es la de calificar la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen, es decir, establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo en función de la capacidad laboral de la víctima; por tanto, *no constituye criterio que determine el conocimiento del daño*, elemento que importa para el cómputo del término de la caducidad, pues se resalta que debe diferenciarse el daño de su magnitud porque la caducidad tiene relación y punto de partida con el conocimiento del primero.

Al hacer depender el conteo del término de caducidad de la notificación del dictamen practicado por la junta de calificación de invalidez, se dejaría en manos de la víctima directa del daño la facultad de decidir el momento a partir del cual inicia el conteo, pues podría diferir en el tiempo su notificación o, incluso, no realizar el trámite para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, lo que dejaría en el limbo la fecha de inicio del conteo. Adicionalmente, la calificación de invalidez no constituye un requisito de procedibilidad para demandar y, por ello, el afectado puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de reparación directa aunque no se le hubiere valorado la magnitud de la lesión, por cuanto la exigencia de tal requisito para el cómputo de la caducidad implicaría la creación de un requerimiento que la ley no contempla.

Explica además la sentencia que en este tema no existe tarifa probatoria y el demandante bien puede aportar o solicitar las pruebas periciales que estime pertinentes para probar el grado de afectación en el transcurso del proceso. Además, si el juez encuentra probado el daño (en este caso, la lesión) pero no su magnitud, bien puede imponer condena en abstracto para que, en incidente posterior, se determine el grado de afectación; de ahí que no existe razón para contar el término de caducidad a partir de la valoración o notificación del dictamen realizado por parte de la junta.

Se reitera entonces que el cómputo de la caducidad en los casos de lesiones lo determina el conocimiento del daño, pero este puede variar cuando, por ejemplo, el mismo día del suceso no existe certeza sobre el daño, no se sabe en qué consiste la lesión o esta se manifiesta o se determina después del accidente sufrido por el afectado. En todo caso, la parte deberá acreditar los motivos por los cuales le fue imposible conocer el daño en la fecha de su ocurrencia.

Finalmente, precisa que los términos de caducidad no pueden considerarse como una forma de negar el acceso a la administración de justicia, por cuanto la limitación del plazo para instaurar la demanda crea una carga proporcionada sobre los ciudadanos para que participen en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico o de hechos, omisiones u operaciones administrativas que les causen daños antijurídicos, y está sustentada en el principio de seguridad jurídica.

Recalca también que la sala ya había señalado que el término para contar la caducidad no puede extenderse indefinidamente, ni depender de la voluntad de los interesados en accionar:

Frente a estos supuestos la sala aclara, como lo ha hecho en otras oportunidades, que el término de caducidad opera por ministerio de la ley, y no puede depender de la voluntad de los interesados para ejercer las acciones sometidas a dicho término, razón por la cual, en los casos en que el conocimiento del hecho dañoso por parte del interesado es posterior a su acaecimiento, debe revisarse en cada situación que el interesado tenga motivos razonablemente fundados para no haber conocido el hecho en un momento anterior pues, si no existen tales motivos, no hay lugar a aplicación de los criterios que ha establecido la Sala para el cómputo del término de caducidad en casos especiales.

Finalmente, advierte que no es posible, so pretexto de aplicar un enfoque constitucional y los principios *pro homine* y *pro actione*, desatender la aplicación de normas de orden público que materializan el derecho fundamental constitucional del debido proceso, afectando de paso la seguridad jurídica, cuando lo que resulta procedente es la valoración de cada caso con sus particularidades concretas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 47308, p. 23)

Es desafortunado este precedente, por cuanto no se puede olvidar que estos jóvenes soldados son los

actores más vulnerables de la guerra interna. En la mayoría de casos se trata de campesinos, quienes difícilmente han terminado la educación secundaria y han sido obligados a prestar el servicio militar en zonas rojas, por lo que tienen un conocimiento precario del derecho administrativo, y cuando sufren accidentes con ocasión del servicio y no quedan completamente incapacitados, generalmente continúan prestando el mismo por varios meses antes de ser dados de baja. Solo hasta cuando culminan y vuelven a la vida civil logran entender sus posibilidades de reparación integral, pero en la mayoría de los casos deciden demandar cuando ya han transcurrido más de 24 meses de ocurrido el hecho dañino, con el agravante de haber tenido que soportar al interior del Ejército, aún por fuera del servicio, demoras múltiples para lograr ser valorado por la Junta Médica Laboral, requisito indispensable para que el juez pueda determinar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del actor.

Es lamentable, entonces, este retroceso jurisprudencial en pleno proceso de paz, por cuanto se sacrifica el derecho a la reparación de un gran número de víctimas del conflicto armado, favoreciendo con un formalismo obtuso “el conteo irrestricto del término de caducidad”, lo que representa ahorros injustificados al rubro presupuestal de pago de condenas del Ministerio de Defensa, y dejando así a estos soldados y a sus familias totalmente desprotegidos frente a la obligación inexcusable que tiene el Estado de realizar una verdadera reparación integral por tratarse, en la mayoría de casos, de soldados

conscriptos (servicio militar obligatorio), donde se ha establecido la responsabilidad objetiva del Estado.

Varios de estos asuntos, así como aquellos de falsos positivos, muy seguramente serán objeto de demandas internacionales por parte de las ONG de derechos humanos, por lo que se puede intuir que en un mediano plazo el Estado será condenado por la Corte IDH, al constatarse que incumplió con los estándares internacionales de reparación a las víctimas del conflicto armado. Además, el periodo que pueda llegar a transcurrir para lograr que la Corte Constitucional ordene la suspensión en la aplicación de estos precedentes, por la vía de la tutela, agravará el costo de las sentencias internacionales y generará gran malestar entre la población más vulnerable.

A pesar de que estos fallos hayan sido en su momento objeto de grandes cuestionamientos en la opinión pública, a través de los diversos medios de comunicación, habiendo anunciado las ONG demandas nacionales e internacionales por error judicial, a la fecha no se han instaurado este tipo de demandas, y tampoco se ha acudido a la vía de la tutela. Por el contrario, la aplicación de estas sentencias de unificación ha sido unánime a nivel de jueces y de magistrados, sin que ninguno se hubiere atrevido a apartarse del precedente, por cuanto no se puede desconocer que esta posición del alto tribunal les conviene y los exonera de responsabilidad, al permitirles aumentar rápidamente la estadística en sus despachos con fallos que aplican de oficio la excepción de caducidad, reduciendo la tarea

de argumentación al no de tener que estudiar el fondo de cada caso, sin olvidar que esta clase de asuntos son los más recurrentes en la jurisdicción contenciosa.

En el mismo sentido, la aplicación de estos fallos por jueces y magistrados ha disminuido el reparto en todo el país en el último semestre, por cuanto los litigantes se han percatado de la posición unificada de los operadores judiciales, cual es la de aplicar sin mayor argumentación estos precedentes a todos los casos análogos; esto ocasiona en la práctica que los litigantes, por querer evitar una condena en costas, prefieran no demandar casos “caducados” y/o retirar las demandas que ya se encontraban en trámite, lo que hará poco probable la interposición de una tutela contra sentencia para lograr, en sede de insistencia, que la Corte ordene la suspensión de estos dos precedentes unificados, por presuntamente no respetar el bloque de constitucionalidad. Por ello, consideramos que el mecanismo actual de tutela contra sentencia, que nació con la declaratoria de exequibilidad del artículo 10 del CPACA, es ineficiente y que se debe crear una acción más expedita y democrática que permita rápidamente cambiar el rumbo de estos precedentes desafortunados.

La sentencia que varía el precedente de privación injusta de la libertad

Se trata de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01), en la cual se ordenó la

suspensión de la aplicación del precedente contenido en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, emitida por la sala plena de la Sección Tercera, sobre la privación injusta de la libertad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947).

En este fallo de tutela una subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo decide ordenar a los operadores jurídicos de menor jerarquía abstenerse de aplicar el precedente unificado de la sala en lo relacionado con el análisis que se debe realizar de la culpa civil del actor como posible causal de exclusión de responsabilidad del actor, por considerar esta subsección que en estos casos la responsabilidad del Estado es objetiva, sin que el juez administrativo pueda realizar esta clase de análisis respecto de la conducta del privado de la libertad, por cuanto se viola el derecho a la presunción de inocencia, argumentación que desconoce abiertamente todo el camino recorrido durante varios años por la Sección Tercera, quienes en múltiples y polémicos fallos decidieron analizar la culpa civil en aras de morigerar los efectos de la privación injusta, discusiones que se dieron por ejemplo en casos de presuntos violadores a menores o a mujeres sometidas al trabajo sexual, o en asuntos de trata de blancas, entre otros, los que permitieron finalmente unificar criterios para exigir al operador judicial un análisis de la conducta civil del actor, quien finalmente decidirá si el actor tiene derecho o no a una indemnización, independientemente de que haya sido absuelto en sede penal.

En el texto de la sentencia de tutela se lee:

C. Planteamiento y determinación del problema jurídico

La decisión del a quo será revocada, para en su lugar ordenar el amparo de los derechos fundamentales de la parte actora, porque la Sala encuentra demostrado que en la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado se incurrió en violación directa del derecho a la presunción de la inocencia consagrado en el artículo 29 de la C. P., *debido a que esta Corporación decidió negar las pretensiones de la demanda por haber encontrado probada la culpa exclusiva de la actora, sin considerar que la sentencia penal la declaró inocente.* (Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01/19, § 17)

En relación con la culpa de la víctima, la Subsección B advierte que este presupuesto debe ser estudiado en todos los casos. Recuerda que en los precedentes anteriores a esta providencia pueden advertirse dos líneas jurisprudenciales: una que estima que esta causal de exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal puede considerarse como la causa de la detención; y otra que considera que ella se configura cuando el sindicado se ha comportado como sospechoso del delito que se le imputó para detenerlo, incluyendo dentro de este conductas preprocesales del sindicado.

En este sentido, dicha Subsección B acogió la primera orientación y sostuvo:

Por último, debe establecerse si existió dolo o culpa grave de la víctima, pero advirtiendo que este elemento ha de estudiarse como una circunstancia apropiada para romper la relación de causalidad, y es sobre este aspecto de la responsabilidad que debe versar su análisis; con lo cual es claro que solo si se demuestra que —en el curso del proceso— una conducta de la víctima fue la que determinó su detención, puede darse por probada esta causal de exoneración de responsabilidad. En otros términos, es necesario estudiar el dolo o la culpa grave de la víctima como un elemento fáctico vinculado a la relación de causalidad. Si, con base en el estudio de la actitud procesal del sindicado se acredita que no existió, este elemento se deshecha. Al no estar probado que el hecho de la víctima fue causa del daño, este estudio es suficiente para descartar esta forma de exoneración de la entidad estatal. (Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01/19, §19)

En la acción de tutela se invocó la presunción de inocencia como derecho constitucional violado porque se estimó que en la sentencia objeto del amparo se negó la indemnización reclamada por el demandante debido a que se probó la “culpa de la víctima”, desconociendo que esta fue absuelta por la justicia penal, la cual determinó que la conducta que se le imputó al detenerla era atípica.

Con base en las consideraciones expuestas en la sentencia tutelada es claro que en ella se determinó que la detención de la demandante se originó en su propia conducta, sin desconocer que esta no era constitutiva de delito; se concluyó, sin embargo, que la conducta desarrollada por la demandante era irregular por imponer a la víctima unas condiciones inadecuadas, y por desconocer la normativa que indicaba que a quien debía cobrársele la comisión por conseguir un empleo era al patrono y no al trabajador. Con base en la constatación de esa irregularidad, la sala determinó que su conducta permitió inferir su ánimo de controlar o someter a trabajo forzado a otra persona, y estableció que fue esa conducta la que causó efectivamente la apertura de la investigación y determinó la imposición de la medida de aseguramiento.

En lo pertinente del fallo tutelado la Sección Tercera expresó:

No cabe duda, entonces, de que la actuación de Martha Lucía Ríos Cortés constituyó una conducta gravemente culpable, pues no solamente trasgredió el ordenamiento jurídico (Decreto 3115 de 1997), sino que le impuso a Inés Elena Betancur Correa unas condiciones a todas luces irregulares, comportamiento que no se espera de quien cumple profesionalmente y, por consiguiente, con apego a la ley la labor de intermediación o colocación laboral, máxime que ella, como persona dedicada a esa actividad debía saber que obrar de esa manera podía dar lugar a pensar que estaba incurriendo en actividades de trata de

personas, lo cual, sin duda, dado el carácter delictual de estas, abría la puerta a la labor investigativa del Estado, con todo lo que la misma pudiera implicar; en consecuencia, fueron las actuaciones de la demandante las que motivaron la investigación que se le adelantó por parte de la Fiscalía [...] y la suspensión de la medida restrictiva de la libertad en su contra, toda vez que existían indicios que permitían inferir una posible intención de control, dominación o sujeción a un trabajo forzado a través de la imposición de una obligación económica a favor de doña Martha Lucía o de un tercero (Ricardo Restrepo), situación que solo se podía esclarecer en el escenario de un proceso penal. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947)

Es así como, en este caso concreto, la Subsección B consideró que, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación a la luz de una norma procesal que no resultaba aplicable, lo cierto es que ello no fue determinante en la privación de la libertad de que Martha Lucía Ríos Cortés fue objeto, pues, en todo caso, su conducta debía ser investigada, independientemente de las normas de procedimiento penal que hayan de aplicarse.

Con las consideraciones previamente sintetizadas, esta subsección consideró que el problema jurídico a resolver

debe precisarse en los siguientes términos: ¿puede el juez de la responsabilidad exonerar al Estado con base en la

culpa de la víctima, construida a partir de su conducta preprocesal sin violar directamente su derecho al debido proceso y sin vulnerar su presunción de inocencia, cuando la Fiscalía, precluyó la investigación por atipicidad de la conducta en una decisión ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada? (Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01/19)

A esto la subsección ha respondido de manera negativa, después de realizar unas consideraciones que a continuación se presentan:

La Sala [Subsección B] estima que la sentencia objeto de tutela violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió de responsabilidad por considerar que la conducta imputada era atípica, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.

La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no solo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención.

A tal conclusión solo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

Sin necesidad de examinar los elementos específicos de la culpa como causal de exoneración de responsabilidad por privación de la libertad, resulta claro que la detención de la accionante como consecuencia de una conducta que no estaba calificada como delito en la ley cuando ocurrieron los hechos, tiene como causa exclusiva la apreciación equivocada de la autoridad que la ordena: esa consecuencia no puede atribuírsele a la propia detenida porque ello implicaría desconocer que para ordenar la detención de una persona, el presupuesto esencial o determinante es que la autoridad le impute la comisión de un delito.

Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia portal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y

trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del *ius puniendi* del Estado.

La decisión del Juez de la responsabilidad en la que se exonera al demandado por considerar que el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, en el simple campo de la causalidad, está indicando que, de las dos circunstancias que precedieron la orden de detención —i) el comportamiento del sindicado y ii) la decisión de detenerlo en una providencia judicial—, es la primera la que debe considerarse como causa del daño. Y esa determinación, que fue la adoptada en el fallo objeto de tutela, que exoneró al Estado porque el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, desconoció la decisión penal con efectos de cosa juzgada en la que se declaró inocente a la demandante por la atipicidad de la conducta. (Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01)

Con base en la argumentación anterior, la Subsección B de la Sección Tercera decidió no solamente amparar el derecho a la presunción de inocencia, sino también “dejar sin efectos la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018”, que había resuelto un caso similar de trata de blancas, con la teoría de la culpa civil, ordenando a la Sala Plena proferir un fallo que reemplace el anterior.

Se considera que esta decisión de tutela es arbitraria por cuanto una subsección de la Sección Tercera desconoce un precedente de unificación proferido por la sala plena de la misma sección, sin haber consultado cuáles fueron los argumentos que se consolidaron en torno a

la culpa civil del demandante, en los casos en los que la autoridad penal analiza delitos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, los cuales son la primera fuente de privación de la libertad en el país, al ser estadísticamente los delitos más cometidos en el territorio nacional. La irregularidad se agrava cuando en uno de los “resuelve” deciden suspender los efectos de una sentencia de unificación y ordenar a sus pares expedir otro precedente con base en la argumentación contenida en el fallo de tutela. Es decir, una subsección de la Sección Tercera termina desconociendo el trabajo colegiado de la sala plena y dando órdenes en el sentido de producir una variante que se ajuste a los criterios de la subsección. Lo anterior evidencia el peligro que existe, vía acción de tutela, de empezar a desconocer los precedentes de las diferentes secciones del Consejo de Estado, lo que generaría altos niveles de inseguridad jurídica.

La sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, emitida por la sala plena de la Sección Tercera, sobre la privación injusta de la libertad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947), había establecido el siguiente precedente, aplicable para todos los casos de privación injusta de la libertad:

En ese sentido, la sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no solo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió,

o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947)

En otras palabras, la corporación explicó que bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho, y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 y ss. de la Constitución Política, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica), y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, consideró la subsección que como la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de

la medida de aseguramiento de detención preventiva; pues no debe olvidarse que para los eventos de responsabilidad del Estado por privación de libertad dispone que aquel (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

Recordó la sala plena que ya existían pronunciamientos previos sobre el particular y trajo a colación uno:

[...] a la luz de los artículos 2, 83 y 95 constitucionales, si la víctima incurre en una infracción civil, esto es de las reglas de convivencia, no puede alegar a su favor su propia culpa. En cuanto, al margen del daño, el que causado en el marco de una investigación penal no tendría que ser controvertido, en un proceso en el que se ventila un derecho de contenido patrimonial, la conducta de la víctima no puede pasarse por alto.

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho

desconocido. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947)

En este precedente, recuerda la sala que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión de 18 de febrero de 2010 (exp. 42897) ya había dicho la sala:

Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por aquella se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata,

la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el *régimen civil se asimila al dolo*. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 42897, citado en exp. 46947)

En otro aparte de la sentencia, se trae a colación otro precedente jurisprudencial en el cual se indica:

[...] la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como “la violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, situación que, de caracterizar gravedad y erigirse en causa del daño, la obliga a asumir las consecuencias de su proceder.

Se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que

revista tal gravedad que implique en los términos del artículo 63 Código Civil “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947)

Luego, frente a la culpa grave, la sala plena considera que es necesario hacer la diferenciación entre la culpa grave y la leve, para lo cual expresa:

La sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 46947)

Entrando al caso en concreto, la sala hace un análisis de la conducta del privado de la libertad, para llegar a la conclusión que incumplió con sus deberes civiles y

que incurrió en culpa grave. Concluye que, si el privado de la libertad actuó de manera irregular y negligente y con ello dio lugar al inicio de una investigación penal y a la privación de su libertad, aunque se demuestre que en el curso del proceso penal que su conducta no fue suficiente para proferir en su contra sentencia condenatoria, esa misma actuación, en sede de responsabilidad civil y administrativa, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, con sujeción a lo prescrito por el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil.

Con base en estas consideraciones, la Sala procedió a modificar y unificar la jurisprudencia en torno a la responsabilidad extracontractual que le atañe al Estado por la privación injusta de la libertad, habiendo indicado que

en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le demuestre que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello. (Consejo de Estado, exp. 46947)

El precedente transcrito fue objeto de reconocimiento internacional, por la lucha que se está dando en Colombia en torno a la realización de los derechos de la mujer y de los niños y el respeto hacia su cuerpo. Sin embargo, una subsección de la Sección Tercera desconoció abiertamente y sin ninguna repercusión disciplinaria una *ratio decidendi* de sala plena, olvidando que esta postura había sido fruto de un estudio colectivo de muchos operadores judiciales, por cuanto se adoptó después de haber debatido el tema en los

diferentes encuentros nacionales y regionales de la jurisdicción, habiendo participado operadores judiciales de menor rango, quienes enriquecieron las discusiones a partir de las lecciones aprendidas en la práctica judicial, lo que permitió finalmente, en la búsqueda de la equidad, adoptar de manera consciente una posición vanguardista y protectora de los derechos fundamentales de las víctimas, en especial de las víctimas de los delitos sexuales, debiendo corregirse este vacío con una propuesta que se desarrollará en la sección “Mecanismos para proteger en sede de tutela los precedentes unificados” del siguiente capítulo.

Las reformas propuestas

En este último capítulo se describen las reformas que se proponen para mejorar tanto el procedimiento contencioso actual, y en especial la función unificadora del Consejo de Estado, como la metodología o los procedimientos que deberían existir para expedir las sentencias de unificación y sus variantes, propuestas que se considera podrían enriquecer el proyecto de ley que actualmente cursa en el Congreso. La primera exige un acto legislativo que reforme las funciones de la Corte Constitucional, se titula “La acción de revisión de los precedentes de altas cortes”. Las otras tres propuestas son del orden legal y tienden a mejorar la función de unificación jurisprudencial y la aplicación de la extensión de la jurisprudencia, las restricciones a los fallos de tutela de los pares del Consejo de Estado en torno a los precedentes de la misma corporación, las normas que podrían mejorar la protección ambiental frente al calentamiento global que afecta al mundo, y finalmente las normas tendientes a hacer realidad el expediente electrónico.

La “acción de revisión de precedentes de altas cortes”

Teniendo en cuenta que en la práctica puede ocurrir que las altas cortes produzcan precedentes de unificación que contraríen los estándares de la justicia internacional y desconozcan la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, se propone reformar la Constitución a través de un acto legislativo que incluya una nueva función para la Corte Constitucional, constituyéndola como órgano de cierre en materia de derechos humanos, lo que le permitiría fallar los casos que se presenten en la nueva acción, que se podría titular “acción ciudadana de revisión de precedentes de altas cortes”, pudiendo solicitarse en la demanda la suspensión del precedente que infringe normas o fallos internacionales, lo cual ayudaría a mejorar la consistencia de los fallos de unificación y permitiría exigir el respeto, en todos los casos, del bloque de constitucionalidad que nos cobija.

Si se lograra incluir esta nueva acción en un acto legislativo que presente el Gobierno para la reforma integral de la justicia, se podría entrar a suspender rápidamente la aplicación de las sentencias de unificación de la Sección Tercera que fueron reseñadas en este texto, y que tal como se explicó han producido mucha polémica al estar desconociendo el control de convencionalidad difuso que deben aplicar los jueces, en especial, en relación con la reparación integral a las víctimas de ejecuciones extrajudiciales o desplazamiento forzado.

El recurso extraordinario de insistencia en la extensión de la jurisprudencia

Tal y como ya se indicó, para reforzar el mecanismo extraordinario de extensión de la jurisprudencia se propone trasladar la competencia a los jueces de circuito y magistrados de tribunal, quienes al igual que con la tutela, por la aplicación reiterada de los precedentes de unificación del Consejo de Estado, se encuentran capacitados para fallar las solicitudes de extensión, pudiendo concedérseles un término máximo de 20 días para fallar las solicitudes y preverse un “recurso extraordinario de insistencia” frente a la negativa de aplicar la extensión de la jurisprudencia, el cual deberá agotar el actor ante el Consejo de Estado, con miras a corregir los yerros en la interpretación de la *ratio decidendi* de dichas sentencias o la indebida valoración de los hechos y las pruebas objeto de la extensión; con esto, el Consejo de Estado fomentaría la seguridad jurídica, al dar una interpretación estandarizada de los respectivos fallos de unificación, reforzando así de manera sustancial la aplicación de este mecanismo desde cualquier parte del país.

Mecanismos para proteger en sede de tutela los precedentes unificados

De otra parte, se propone diseñar normas que le pongan límite a la interpretación que pueda producir una subsección del Consejo de Estado tendiente a restarle valor vinculante a las sentencias de unificación que expida la corporación. Es así como se propone que antes de fallar

la tutela, la subsección deba remitir el caso a la sala plena de la sección o de la corporación, dependiendo de la sentencia de unificación que se pretenda variar o desconocer, con el fin de escuchar el concepto previo de los demás consejeros, quienes podrán explicar las razones por las cuales consideran que se debe mantener el precedente; y que quede prohibido además para cualquier subsección suspender los efectos de un fallo unificado y ordenar la expedición de otro con los argumentos del fallo de tutela. Lo anterior con el fin de evitar estas posiciones personalizadas que están restando fuerza a la función de unificación del Consejo de Estado.

Los retos para mejorar la protección ambiental

Con la pandemia del coronavirus que está afrontando la humanidad, fruto del avance del neoliberalismo en la economía, lo que ha generado un consumo desmesurado de la población y la aparición de gustos alimentarios de especies exóticas, altamente costosos, se ve la necesidad de implementar nuevamente el “incentivo para los actores populares”, el cual permitirá tener dolientes respecto de la destrucción ambiental y la desaparición de especies de la fauna y la flora, quienes en las acciones populares podrán invertir en la práctica de las pruebas para demostrar el daño ambiental causado; esto permitirá que reaparezcan estas demandas en el contencioso, las cuales fueron prácticamente eliminadas con la eliminación de dicho incentivo. La supresión del incentivo fue un gran retroceso para la conciencia colectiva que se venía creando en el país.

Los retos para la implementación del expediente electrónico

Finalmente, se propone crear un articulado que permita instaurar rápidamente el expediente electrónico, lo que ayudará a implementar el teletrabajo y las audiencias virtuales desde cualquier parte del país. Esto servirá además para potencializar la labor de unificación del Consejo de Estado, al hacer la labor más transparente y participativa, pudiendo crear enlaces especiales para consultar las sentencias de unificación y sus variantes. Deberán existir unas obligaciones claras para la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con tiempos preestablecidos en la ley, que evidencien las etapas que se deben evacuar rápidamente para lograr el trámite de expediente desde los sistemas especializados y seguros, de *software* y *hardware*, que se creen para ello.

Lo anterior permitirá no solamente mejorar la prestación del servicio, sino también avanzar en economía, facilitándole la labor al ciudadano, quien será cada vez más “ciudadano virtual”, en esta década en que se exige eliminar los desplazamientos innecesarios de la población para así disminuir el calentamiento global.

Es lamentable que la rama judicial sea en esta coyuntura la más atrasada en esta meta de gestión virtual de los procesos. Con ocasión del confinamiento en casa, por efecto de la pandemia, se ha visto cómo el Ejecutivo ha podido gestionar sus tareas por teletrabajo, por cuanto sus empleados tienen acceso desde sus domicilios, sin dificultad alguna, a las plataformas informáticas. Por

el contrario, la rama judicial sigue sin contar con una herramienta que permita el acceso y alimentación de los sistemas Justicia XXI y Sierju desde el domicilio.

No se desconoce el esfuerzo coyuntural que ha realizado la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Lara Bonilla, en estos meses de confinamiento, tal y como lo sintetiza en un artículo periodístico la magistrada María Victoria Quiñones del Tribunal del Magdalena, quien, es el momento de reconocerlo, ha hecho aportes significativos en materia de procedimientos virtuales desde la página web que creó para su despacho (González y Quiñones, 2020).

Es así como nos cuenta que en las primeras dos semanas se estuvo enseñando, explicando y convenciendo a todos los operadores judiciales, en las diferentes especialidades, del uso del teletrabajo, a través de: i) los correos electrónicos basados en Exchange Online de Office 365; ii) las sesiones virtuales “con efectos procesales” utilizando la plataforma RFP1 Cloud/Polycom, en especial, para los jueces de control de garantías; iii) las conferencias virtuales utilizando Teams asociados a correos institucionales; y iv) el almacenamiento de contenidos mediante One Drive y Sharepoint, a través del correo institucional.

Sin embargo, se considera por experiencia propia que aún estamos lejos de implementar el expediente electrónico, por cuanto no existe la capacidad informática instalada para realizar teletrabajo; en la crisis, constatamos que es imposible alimentar el Sierju y el

Justicia Siglo XXI desde nuestras casas, lo que impide a su vez reanudar términos, notificar actuaciones en línea, realizar audiencias vía *online*; todo esto debido a que aún no contamos con una gestión virtual del proceso, empezando porque no se tienen escaneados los expedientes, lo que impide que se consulten en red, o se presenten demandas, memoriales, recursos a través de la web, y tampoco se puede dejar constancia de la trazabilidad segura de las actuaciones para efectos de conteo de términos. En otras palabras, aún no existe el expediente electrónico.

Siendo optimistas, también podríamos decir que no estaríamos tan lejos de lograr este tipo de expediente, por cuanto en los despachos judiciales del contencioso se ha venido avanzado en las notificaciones electrónicas de las demandas con todos sus anexos y en la publicación de los estados vía correo electrónico, lo que permite la notificación de autos y sentencias de manera virtual; también se ha avanzado en la práctica de pruebas con medios electrónicos, pero siempre se debe estar en la sede de los juzgados.

Se considera que desde el nivel central, al Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa le ha hecho falta voluntad política para implementar rápidamente estos nuevos *hardwares* o *softwares* para poder así avanzar en la organización de cada expediente en forma virtualizada, tal y como lo ha logrado por iniciativa propia la magistrada ya citada, quien logró implementar el expediente electrónico desde hace más de cinco años: ha logrado hacer gestión virtual de todos

sus expedientes, y ha ofrecido de manera gratuita el *software* que logró construir, sin que a la fecha se le haya dado la oportunidad de implementarlo en otros despachos judiciales, lo que viene perjudicando a los usuarios del sistema.

Hoy más que nunca constatamos con preocupación que aún no se puede levantar la suspensión de términos, y que si se nos permite volver a nuestras labores sin que se avance en la digitalización de expedientes, nos veremos sometidos a un gran riesgo de contaminación del COVID-19, tal y como se señaló en el artículo precitado por sus autores, quienes nos invitan a “no perder esta oportunidad, para dar el gran salto y concluir los insumos que hacen falta para garantizarle al ciudadano, el acceso a los expedientes libre de virus” (González y Quiñones, 2020, p. 4).

Conclusión

La reforma propuesta en el proyecto de ley que aquí se analiza pretende reforzar la función de elaboración de sentencias de unificación del Consejo de Estado, para lo cual busca una redistribución de competencias que permitiría al alto tribunal conocer únicamente los casos de relevancia nacional y ejercer el control de la aplicación de los precedentes judiciales, vía el recurso extraordinario de unificación y la resolución de las solicitudes de extensión de jurisprudencia.

Adicionalmente, se sistematiza la normatividad relativa al trámite de los recursos ordinarios y se resuelven conflictos de interpretación detectados en la práctica por los tribunales de departamento y los jueces administrativos de circuito.

La ciudadanía espera que estos cambios normativos fortalezcan la tarea de sentar jurisprudencia por parte del alto tribunal y contribuyan a generar seguridad jurídica y confianza ciudadana en los trámites adelantados ante la jurisdicción contenciosa. Sin embargo,

en esta investigación se logró confirmar la hipótesis planteada en el sentido de que los cambios propuestos en la reforma en torno al reforzamiento de la función unificadora no son suficientes para evitar que se sigan expediendo sentencias de unificación que podrían estar violando normas, jurisprudencia y estándares del derecho internacional humanitario, por cuanto no existe un procedimiento y/o metodología previos al estudio y expedición de dichos fallos que permita revisar estas posibles inconsistencias jurídicas que podrían estar violando el bloque de constitucionalidad.

Por lo anterior, en la última parte de este texto se propone incluir en la reforma un procedimiento o metodología especial para estudiar previamente el contenido de los proyectos de fallos de unificación que se van a expedir, lo que permitiría detectar estas falencias, vacíos o infracciones a los estándares internacionales, estos estudios pueden incluir además unas exigencias para realizar variantes o sentencias confirmatorias a las ya unificadas. En segundo lugar, se propone una norma que prohíba a los consejeros de Estado suspender los efectos de las sentencias de unificación por la vía de la tutela contra sentencia. También podría concebirse una acción constitucional de revisión de fallos unificados a adelantar ante la Corte Constitucional, que permita corregir los yerros que se puedan llegar a presentar en las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Además del tema normativo, se considera que el éxito de la reforma en lo relacionado con la descongestión que se pretende de la instancia del Consejo de Estado,

tendiente a liberar tiempos para que los magistrados puedan ocuparse de manera concentrada en la unificación de las sentencias, converge en un tema financiero, por cuanto se deben destinar los recursos suficientes para la sistematización de la justicia contenciosa en las tres instancias (expediente electrónico) y para la creación de los nuevos despachos judiciales que se requieren con el fin de atender los cambios significativos que se avizoran en el reparto, una vez entren a regir las nuevas competencias; así mismo se deben destinar las partidas necesarias para reforzar la capacitación de los operadores judiciales en la asunción de sus nuevas tareas, lo cual es fundamental.

Con relación a la fuerza vinculante que puedan llegar a tener estas sentencias de unificación en sede administrativa, el gran reto para el Consejo de Estado, en la próxima década, será lograr que las autoridades públicas realicen una aplicación eficaz de las sentencias de unificación, descongestionando así la jurisdicción. Se considera que en esta parte se quedó corta la reforma, al no establecer controles ni responsabilidades efectivas en cuanto a las actuaciones de la administración y su negativa reiterada de aplicar los precedentes unificados, lo cual evitaría tener que acudir al juez y estaría reforzando la eficacia de la función unificadora de esta alta corporación. Se debió además aprovechar la reforma para reforzar el seguimiento administrativo a la aplicación de dichos fallos, a través de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y los Comités de Conciliación Administrativa.

De no concretarse la reforma hoy propuesta, sin desconocer los avances que se pretenden en el procedimiento contencioso, los cuales se consideran en su mayoría adecuados, deberán corregirse los vacíos aquí detectados en torno a la función de unificación del Consejo de Estado.

Finalmente, teniendo en cuenta que el Gobierno nacional ha planteado una reforma constitucional al modelo de justicia en Colombia, se considera que en el texto del acto legislativo que se presente se debe aprovechar para incluir la función de órgano de cierre de la Corte Constitucional, con una nueva acción que se titularía “acción de revisión de los fallos unificados de los altos tribunales” y permitiría corregir los yerros de las sentencias de unificación del Consejo de Estado que desconozcan el contenido de las normas y la jurisprudencia en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

Referencias

- Beltrán Acosta, E. (2014). Mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros como escenario de activismo dialógico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 20, 389-419.
- Calderón Villegas, J. (2004). Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción. *Precedente - Anuario Jurídico 2004*, 49-78.
- Conseil d'État. (2020). Le Conseil d'État. <https://www.conseil-etat.fr/>
- Consejo de Estado. (2011). *La Administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Consejo de Estado.
- Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. (2014). *Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Consejo de Estado.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2016). *Informe sobre el Plan Especial de Descongestión Jurisdicción Contenciosa*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. www.ramajudicial.gov.co

- Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa. (2019). *Informe de la Rama Judicial al Congreso de la República*, 2019. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/2019-2020>
- Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Análisis y Desarrollo Estadístico. (2019). *Informe estadístico* 2019. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/2019-2020>
- Despacho 01 del Tribunal Administrativo del Magdalena. (2020). Sentencias de unificación (dir. de la web: Dra. María Victoria Quiñones). <https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/index.php/14-sunificacion/2-showtable-sunificacion>
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622.
- Garzón Martínez, J. (2014). *El nuevo proceso contencioso administrativo: sistema escrito-sistema oral*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Garzón Martínez, J. (2019). *Proceso contencioso administrativo: fase escrita-fase oral*. Ibáñez.
- González, L. y Quiñones, M. (8 de abril de 2020). Del coronavirus y algo más. *Diario del Magdalena*, p. 4.
- Juzgado declaró nulo el POT de Petro que estaba suspendido desde 2013. (20 de mayo de 2019). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/bogota/juzgado-de-bogota-anulo-el-pot-que-gustavo-petro-aprobo-por-decreto-en-el-2013-364454>

- Nash Rojas, C. (2009). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Universidad de Chile.
- Pájaro Moreno, N. (2015). *Algunos retos para la constitucionalización del derecho procesal civil* [artículo]. XXV Congreso de Derecho Procesal Civil.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, 163-190.
- Sarmiento Erazo, J. (2011). El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo? *Revista Vniversitas*, 123, 247-282.
- Zambrano Cetina, W. (2012). Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En Consejo de Estado, *Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011: memorias* (pp. 37-77) (I. Martínez, ed.). Consejo de Estado.

Normatividad y jurisprudencia

- Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. 2 de enero de 1984 (Colombia). Editorial Legis.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011 (Colombia). D. O. 47956.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial.

cial, exp. 24987. (C. P. Jaime Orlando Santofimio; 19 de noviembre de 2012).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 32988. (C. P. Ramiro Pazos Guerrero; 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 26251. (C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 32988. (C. P. Ramiro Pazos Guerrero; del 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 27709. (C. P. Carlos Alberto Zambrano; 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 31172. (C. P. Olga Mélida Valle De la Hoz; 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 36149. (C. P. Hernán Andrade Rincón; 28 de agosto de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 28804. (C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; 28 de agosto de 2014).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 31170. (C. P. Enrique Gil Botero; 28 de agosto de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 28832. (C. P. Danilo Rojas Betacourth; 28 de agosto de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia, exp. 24894. (C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; 31 de mayo de 2016).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 46947. (C. P. Carlos Zambrano; 15 de agosto de 2018).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia, exp. 47308. (C. P. Marta Nubia Velázquez Rico; 19 de noviembre de 2018).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de acción de tutela 11001-03-15-000-2019-00169-01. (C. P. Martín Bermúdez Muñoz; 15 de noviembre de 2019).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial, exp. 61033. (C. P. Marta Nubia Velázquez Rico, 29 de enero de 2020).
- Constitución Política de la República de Colombia [Const.]. 1991. Editorial Legis.
- Convencion Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 22 de noviembre de 1969. <https://www.oas>.

org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-481/98. (M. P. Eduardo Cifuentes; 9 de septiembre de 1998).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-370 de 2006. (M.M. PP. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur y Clara Inés Vargas; 18 de mayo de 2006).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-203 de 2011. (M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 24 de marzo de 2011).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-634 de 2011. (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de agosto de 2011).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-579 de 2013. (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 28 de agosto 2013).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia (fondo, reparaciones y costas). (Serie C 162, 29 de noviembre de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). (Serie C 154, 26 de septiembre de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia (fondo). (Serie C 5, 20 de enero de 1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia (fondo). (Serie C 75, 14 de marzo de 2001).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia (fondo). (Serie C 70, 25 de noviembre de 2000).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia (fondo, reparaciones y costas). (Serie C 101, 25 de noviembre de 2003).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia (fondo, reparaciones y costas). (Serie C 110, 8 de julio de 2004).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, sentencia. (Serie C 134, 15 de septiembre de 2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). (Serie C 124, 15 de junio 15 de 2005).
- Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. 12 de julio de 2010. D.O. 47768.
- Proyecto de Ley 07-19 Senado. Por medio del cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y se dictan disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción. 20 de julio de 2019. *Gaceta del Congreso*, 726, 61-83.

Sobre la autora

Tutora en la Maestría de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (USTA). Abogada de la USTA - Sede Bogotá; administradora pública de la Escuela Superior de Administración Pública; doctora en Derecho Público de la Universidad de Burdeos, Francia. Actualmente funge como jueza administrativa en Bogotá.

ORCID:

<https://orcid.org/0000-0003-1922-0647>

CORREOS ELECTRÓNICOS:

corinaduque@usantotomas.edu.co

corinaduque@gmail.com

Índice temático

A

actio in rem verso

acto(s)

administrativo(s)

legislativo

actor(es)

Acuerdos de La Habana

administración

pública

administrador(es)

públicos

agentes estatales

alegato(s)

altas cortes

alto tribunal (v. Consejo de Estado)

Agencia Nacional de Defensa

Jurídica del Estado (Andje)

apelación(es)

audiencia(s)

B

bloque de constitucionalidad

C

calentamiento global

cambio(s)

normativo

caso(s)

Almonacid Arellano vs. Chile

ciudadano(s)

código

de Procedimiento

Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo

(CPACA)

competencia(s)

Redistribución de

comunidad internacional

conciliación

administrativa

LA FUNCIÓN UNIFICADORA DEL CONSEJO DE ESTADO

conducta(s)	Sala administrativa del
preprocesal(es)	culpa
confinamiento	civil
conflicto(s)	grave
armado	
armado interno	D
Congreso	daño
Consejo de Estado	antijurídico
Sección Tercera del	defensa
contratación	déficit fiscal
estatal	delito(s)
contrato(s)	de lesa humanidad
estatal(es)	demanda(s)
control	derecho(s)
de convencionalidad difuso	administrativo
de reparación directa	internacional
Medio de	internacional de los derechos
Convención Americana sobre	humanos
Derechos Humanos	Violación(es) a los
corpus iuris	internacional humanitario
corte(s)	fundamentales
suprema	humanos
constitucional	desaparición forzada
Interamericana de Derechos	descongestión judicial
Humanos (Corte IDH)	despachos
crímenes	judiciales
de lesa humanidad	desplazamiento
Imprescriptibilidad de los	forzado
crisis	detención preventiva
económica	doble instancia
Consejo Superior de la Judicatura	
(CSJ)	

E

ejecución(es)
 extrajudiciales
 Ejército
 Nacional
 entidad(es)
 pública
 error judicial
 Estado
 exoneración
 expediente(s)
 electrónico
 extinción de dominio

F

fallo(s)
 unificado(s)
 falso(s)
 positivo(s)
 Fiscalía General de la Nación
 fuerza
 Uso excesivo de la
 vinculante
 función
 unificadora

G

Gobierno
 nacional
 guerra

H

hecho(s)
 punible

I

inseguridad jurídica
 instancia(s)
 Primera
 Segunda
 Única
 instrumentos jurídicos
 integridad psicofísica
ius cogens

J

juez(es)
 administrativo(s)
 Junta
 Médica Laboral
 jurisdicción
 contenciosa
 jurisprudencia
 justicia
 contenciosa
 penal
 transicional
 juzgamiento

L

lesiones personales
 ley(es)

estatutaria	nacional
contrarias	ordenamiento jurídico
libertad	
Privación injusta de la	P
líneas jurisprudenciales	pandemia
	paz
M	política(s)
mandamiento ejecutivo	pública(s)
mecanismos alternativos	precedente(s)
medida(s)	unificado(s)
cautelar(es)	procedimiento(s)
restrictiva	administrativo(s)
Ministerio	proceso(s)
Público	penal
	ordinarios
	protección ambiental
N	proyecto de ley
norma(s)	
jurídicas	R
nulidad	rama(s)
electoral	judicial
	recurso(s)
O	extraordinario
obligaciones	ordinarios
organización no gubernamental	régimen
(ONG)	reparación
órgano de cierre	directa
operador(es)	integral
judicial(es)	responsabilidad
opinión pública	extracontractual
orden	internacional
distrital	

sede
 administrativa
 de insistencia
 judicial
 seguridad
 jurídica
 Sentencia de unificación, exp.
 46947 (Consejo de Estado)
 Sentencia de unificación, exp.
 61033 (Consejo de Estado)
 sentencia(s)
 anticipada
 unificadas
 servicio militar
 servidores públicos
 sistema oral

soldados conscriptos
 sujetos
 procesales

T

teletrabajo
 tribunal(es)
 internacionales

U

unificación
 urgencia manifiesta

V

víctima(s)

Índice onomástico

Beltrán Acosta, Elizabeth

Bermúdez Bermúdez, Lucy

Jeannette

Cabello Blanco, Margarita

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo

Garzón Martínez, Juan Carlos

Nash Rojas, Claudio

Pájaro Moreno, Nicolás

Quinche Ramírez, Manuel

Fernando

Quiñones, María Victoria

Sarmiento Erazo, Juan Pablo

Zambrano Cetina, William

COLEC-
CIÓN
440

SERIE
DERECHO

ESTA OBRA SE TERMINÓ DE
EDITAR EN OCTUBRE DE 2020, A
LOS 440 AÑOS DE LA FUNDACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD SANTO
TOMÁS DE COLOMBIA

EDICIONES
USTA



SERIE
DERE-
CHO

A

nte la desconfianza y la incredulidad
suscitadas por la crisis de goberna-
bilidad que atraviesa Colombia y
la congestión judicial que el Consejo de Estado
afrenta en todas sus secciones, esta investi-
gación pone de manifiesto la insuficiencia de
los cambios propuestos en el Proyecto de Ley
07-19, contentivo de la reforma al Código de
Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso
Administrativo, en torno a la función unificadora
de dicho Consejo. Se propone que las modifica-
ciones planteadas no bastan para evitar que se
sigan expidiendo sentencias de unificación que
podrían estar violando normas, jurisprudencia y
estándares del derecho internacional humanitario.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1704

