

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del director general de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda / SUSPENSION PROVISIONAL - De acuerdo con las pruebas allegadas el elegido incurrió en la prohibición consagrada en el artículo 1 de la ley 1263 de 2008

El actor propuso en el mismo escrito de demanda la solicitud y la sustentación para la medida cautelar planteada en atención a que considera que el señor Alvarez Villegas está incurso en causal de inhabilidad -de conformidad con el numeral 5 del artículo 275 del CPACA- señalada en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 que señala: “El Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será designado por el Consejo Directivo para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1 de enero de 2012, y podrá ser reelegido por una sola vez”. Lo anterior porque ya ejerció dos periodos y no podía ser elegido para uno nuevo, como se hizo en el Acuerdo 32 de 2015 al analizar el material probatorio allegado por el demandante se encuentra que efectivamente el señor Juan Manuel Alvarez Villegas, mediante los Acuerdos N. 002 de 7 de febrero de 2011, N. 007 de 27 de junio de 2012 y N. 032 de 28 de octubre de 2015, ha sido designado por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER- como Director General de dicha entidad. Que efectivamente, tal como lo expone el demandante el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 - que además de modificar el periodo de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales a cuatro años-, señaló que éstos solo podrán ser reelegidos por una sola vez. De conformidad con lo expuesto, para establecer si se cumplen o no los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA, sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, de conformidad con la solicitud presentada, se requiere analizar si en esta etapa del proceso está demostrado que el señor Juan Manuel Alvarez Villegas incurrió en la prohibición señalada en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 de reelegirse por más de una vez en el cargo de Director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, lo que se constituye según el actor en la causal de anulación electoral del artículo 275.5 del CPACA. De acuerdo con las pruebas obrantes en esta etapa del proceso, es posible afirmar que el señor Juan Manuel Alvarez Villegas, fue escogido entre varios aspirantes por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma de Risaralda como su Director General en tres ocasiones a saber: (i) mediante Acuerdo 002 el 7 de febrero de 2011, (ii) mediante Acuerdo 007 el 27 de junio de 2012 y (iii) mediante el Acuerdo N. 032 de 2015 el 28 de octubre de 2015. En este punto es necesario analizar si el señor Alvarez Villegas al ser elegido por tercera vez como Director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda mediante el Acuerdo 032 de 2015, incurrió en la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, y por ende se dan los requisitos para decretar la medida de suspensión de los efectos del acto demandado. En lo que tiene que ver con otro de los argumentos esbozados por el actor, relacionado con que el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 establece como primer periodo el que empezaba 1 de enero de 2012 y por lo tanto su segundo periodo sería el que inició el 1 de enero de 2016, por lo tanto, la designación o elección con anterioridad a esa fecha no cuenta para la prohibición, no es de recibo para esta Sala Electoral por lo siguiente: La referencia temporal contenida en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 no determina el momento a partir del cual debe ser aplicada la prohibición, como lo señala el demandado, sino que al cambiar el término del periodo de 3 a 4 años y su objetivo de homologarlo con los periodos de los Alcaldes y Gobernadores contenido en el artículo 3 de la misma normativa, era necesario indicar cuando empezaba el primer periodo de 4 años luego de la transición. Así las cosas, en esta etapa del proceso, de conformidad con las pruebas allegadas, está claro que el señor Alvarez Villegas al ser elegido por tercera vez como Director de la Corporación Autónoma de Risaralda incurrió en la prohibición consagrada en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008. Por lo anterior, para esta Sala Electoral, luego de efectuado el análisis correspondiente es evidente, en esta etapa procesal, que el acto demandado viola las normas superiores invocadas en la solicitud de

medida cautelar, por lo que resulta conducente decretar la medida de suspensión provisional del Acuerdo N. 032 del 28 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) Por medio del cual se designó a Juan Manuel Alvarez Villegas como Director General de dicha Corporación, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019, sin que esto implique prejuzgamiento, tal como lo prevé el artículo 229 del CPACA.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., tres (03) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00034-00

Actor: CARLOS ALFREDO CROSTHWAITE FERRO Y OTRO

Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE RISARALDA

Referencia: AUTO QUE ADMITE LA DEMANDA Y RESUELVE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

I. ANTECEDENTES

1. El señor Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro y Daniel Silva Orrego, como ciudadanos, en ejercicio de la acción de pública de nulidad electoral solicitan la declaratoria de nulidad del Acuerdo N. 32 del 28 de octubre de 2015 *“Por medio del cual se designa al Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019” emanado del Consejo Directivo de la Corporación autónoma Regional de Risaralda (CARDER)*”.

A título de pretensión piden:

“(…) se declare la nulidad del Acuerdo N. 32 del 28 de octubre de 2015 “Por medio del cual se designa al Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019 emanado del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER)”.

Así mismo solicitaron se decretara, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado porque el señor **ALVAREZ VILLEGAS** ya ejerció los dos periodos institucionales de que trata el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, y no podía ser elegido para uno nuevo.

2. Por auto de 30 de noviembre de 2015 este despacho ordenó correr traslado de la solicitud de la medida cautelar por considerar no se trataba de una medida de urgencia.
3. Mediante escrito que obra a folios 46 a 62 de las diligencias, el demandado solicitó la denegación de la medida cautelar impetrada y señaló:
 - a. Que su decisión de aspirar a Director General de la CARDER estuvo amparada en la Constitución Política, en la Ley 99 de 1993 modificada por la Ley 1263 de 2008, la Jurisprudencia y diferentes conceptos, y que la convocatoria adelantada respetó los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
 - b. Que de conformidad con el artículo 1 de la ley 1263 de 2008, el periodo institucional de cuatro años para los Directores de Corporaciones Autónomas empezó el 1 de enero de 2012, y podrá ser reelegido por una sola vez, esto es para el periodo que inicia el 1 de enero de 2016.
 - c. Que no existió vulneración de los Estatutos de la CARDER, puesto que el encargo que se le hiciera para terminar el periodo institucional del Director saliente, estaba cobijado por la vigencia de la Ley 99 de 1993; norma que consagraba la reelección indefinida.
 - d. Que para octubre de 2010 estuvo en principio como Director encargado, y luego por Acuerdo N. 02 de febrero de 2011 fue nombrado para terminar el periodo.
 - e. Que en virtud de la declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional del párrafo transitorio del artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, que ampliaba el periodo de los Directores de las Corporaciones Autónomas hasta el 30 de junio de 2012, el Consejo Directivo de la CARDER debió nombrar Director General para el periodo institucional 2012-2015, y fue así como resultó nombrado mediante Acuerdo N. 007 de junio de 2012¹.
 - f. Que el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 es inconstitucional de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política.
 - g. Que los demandantes parten de una premisa falsa, porque la Ley 1263 de 2008, es clara al expresar que el primer periodo institucional inició el 1 de enero de 2012, por lo que el segundo periodo con posibilidad de reelegirse iniciaba el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019.

¹ La norma que ampliaba el periodo hasta el 30 de junio de 2012 era el Decreto ley 3565 de 2011.

- h. Que en los conceptos del Secretario Jurídico de Presidencia de la República, de la oficina Jurídica del Ministerio de medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, ASOCAR y del Departamento Administrativo de la Función Pública, coinciden en manifestar que los periodos de los Directores de las CAR son institucionales, y que el primer periodo inició el 10 de enero de 2012, hasta el 31 de diciembre d 2015, siendo el segundo periodo el comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019.
- i. Que sobre el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, se presentó el fenómeno jurídico de ultractividad de la ley.

II. CONSIDERACIONES

1. La admisión

En materia electoral, la demanda debe reunir las exigencias previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con: la designación de las partes, la expresión clara y precisa de lo que se pretende con los respectivos fundamentos de derecho, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de violación, la indicación de los hechos y omisiones determinados, clasificados y enumerados, la petición de pruebas y el lugar de dirección y notificación de las partes, así como el deber de anexar la copia del acto acusado. Además la presentación debe hacerse dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos de los artículos 162, 163 y 166 del CPACA observa el Despacho que la demanda se ajusta a tales exigencias.

En cuanto a la oportunidad para la presentación, ésta se radicó en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado el 24 de noviembre de 2015, por lo que se encuentra dentro del término establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 de la misma normativa², razones por las cuales se admite la solicitud de nulidad de la elección de **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** como Director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, contenida en el Acuerdo N. 032 de 2015 expedido por el Consejo Directivo de la Entidad.

2. Suspensión Provisional

Así como ha sido señalado por esta Sección en pronunciamientos anteriores³: la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁴ implica que

²17 días después de la expedición del acto electoral el 28 de octubre de 2015, esto es dentro de los 30 días que establece la norma.

³ Consejo de Estado Sección Quinta. Rad. 2014-0057-00. M.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Auto de 13 de agosto de 2014.

⁴ *González Rodríguez, Miguel*, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las Leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada "suspensión provisional".

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

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar *i)* se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y *ii)* al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁵.

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

⁵ Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

implica la exigencia de adelantar el traslado previo mediante auto separado al demandado para que se pronuncie sobre la solicitud.

3. Caso concreto

Conviene precisar entonces que el actor propuso en el mismo escrito de demanda la solicitud y la sustentación para la medida cautelar planteada en atención a que considera que el señor **ALVAREZ VILLEGAS** está incurso en causal de inhabilidad -de conformidad con el numeral 5 del artículo 275 del CPACA- señalada en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 que señala:

“El Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será designado por el Consejo Directivo para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1 de enero de 2012, **y podrá ser reelegido por una sola vez**”.

Lo anterior porque ya ejerció dos periodos y no podía ser elegido para uno nuevo, como se hizo en el Acuerdo 32 de 2015, de conformidad con los siguientes hechos:

“**PRIMERO:** Mediante Acuerdo N. 002 del 7 de febrero de 2011⁶ expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), se nombra al señor Juan Manuel Alvarez Villegas como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) para terminar el periodo institucional 2007-2011.

SEGUNDO: Mediante acta N. 033 del 08 de febrero de 2011 el señor Juan Manuel Alvarez Villegas toma posesión como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) para el periodo institucional 2007-2011.

TERCERO: Mediante Acuerdo N. 007 del 27 de junio de 2012⁷ expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), se nombra al señor Juan Manuel Alvarez Villegas como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) para el periodo institucional 2012-2015.

CUARTO: Mediante acta N. 153 del 28 de junio de 2012 el señor Juan Manuel Alvarez Villegas toma posesión como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) para el periodo institucional 2012-2015.

QUINTO: Mediante Acuerdo N. 032 del 28 de octubre de 2015⁸ expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), se designa al señor Juan Manuel Alvarez Villegas como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) para el periodo institucional 2016-2019”

Allega como sustento probatorio de lo anterior, entre otros documentos:

⁶ “POR MEDIO DEL CUAL SE NOMBRE (sic) EN AUDIENCIA PÚBLICA AL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA –CARDER”

⁷ “Por el cual se nombra Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER para el Periodo Institucional 2012 al 31 de diciembre de 2015”.

⁸ “Por medio del cual se designa al Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda –CARDER, para el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019”.

- a. Copia del Acuerdo N. 002 del 7 de febrero de 2011 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER).
- b. Copia del acta de posesión N. 033 del señor Juan Manuel Alvarez Villegas, fechada del 08 de febrero de 2011.
- c. Copia del Acuerdo N. 007 del 27 de junio de 2012 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER).
- d. Copia del acta de posesión N. 153 del señor Juan Manuel Alvarez Villegas, fechada del 28 de junio de 2012.
- e. Copia del Acuerdo N. 032 del 28 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER).

Atendiendo entonces la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA, al analizar la simple contraposición entre el acto acusado y las normas invocadas como vulneradas, la Sala observa que no aparece divergencia o contradicción o que lo normado en las disposiciones constitucionales y legales se oponga a lo dispuesto en el acto de elección cuestionado individual y objetivamente considerado.

La posible inhabilidad no se verifica con el simple examen del acto de elección atacado y al compararlo con los artículos no aparece contradicción en su contenido literal.

Pasando a la segunda posibilidad del artículo 231 del CPACA al analizar el material probatorio allegado por el demandante se encuentra que efectivamente el señor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS**, mediante los Acuerdos **N. 002** de 7 de febrero de 2011, **N. 007** de 27 de junio de 2012 y **N. 032** de 28 de octubre de 2015, ha sido designado por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER- como Director General de dicha entidad.

Que efectivamente, tal como lo expone el demandante el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 - que además de modificar el periodo de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales a cuatro años-, señaló que éstos solo podrán ser **reelegidos** por una sola vez.

De conformidad con lo expuesto, para establecer si se cumplen o no los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA, sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, de conformidad con la solicitud presentada, se requiere analizar si en esta etapa del proceso está demostrado que el señor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** incurrió en la prohibición señalada en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 de **reelegirse** por más de una vez en el cargo de Director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, lo que se constituye según el actor en la causal de anulación electoral del artículo 275.5 del CPACA.

- 3.1.** Antes de entrar a dilucidar la posible incursión del demandado en la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, es

necesario precisar la evolución legislativa y respectivo control de constitucionalidad de la materia y la norma en comento, así:

- a. La Ley 99 del 22 de diciembre de 1993 “ *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*”, establecía en su artículo 28 que los Directores de la Corporaciones Autónomas Regionales serían **designados** por el Consejo Directivo de la Entidad para un periodo de tres años y otorgaba la posibilidad de reelección indefinida, así:

“Artículo 28. El Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será designado por el Consejo Directivo para un período de tres (3) años, contados a partir del 1 de enero de 1995, siendo reelegible

Parágrafo Transitorio.- El Presidente de la República nombrará o ratificará a los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales para el año de 1994”.

- b. Mediante Sentencia C-1345 de 2000 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la posibilidad de reelección indefinida consagrada en el artículo 28 al considerar que era una decisión del Congreso dentro del marco de sus competencias y que no se vulneraba el principio de igualdad porque los aspirantes al cargo debían someterse, en igualdad de condiciones al procedimiento establecido en la ley para su designación y de reelección indefinida era discrecional del legislador:

“Así las cosas, en el caso concreto objeto de análisis, no encuentra la Corte elemento alguno que sirva de fundamento a la acusación que presenta el actor contra el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, pues abrirle paso a la reelección de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales, es una decisión, que en ejercicio de las competencias que le son propias podía tomar el Congreso, la cual además no vulnera el principio de igualdad, dado que los aspirantes a dicha posición, incluidos aquellos que desempeñan el cargo en el momento de la elección, deberán someterse, en igualdad de condiciones, al procedimiento que establece la ley para la designación cada vez que concluya el periodo para el cual fueron escogidos”⁹.

- c. El 26 de diciembre de 2008 se expidió la Ley 1263 “*por medio de la cual se modifica parcialmente los artículos 26 y 28 de la Ley 99 de 1993*”, en la cual se reformó el periodo del Director General de tres a cuatro años, se equiparó con el periodo de los miembros del Consejo Directivo y se estableció la posibilidad de **una sola reelección**, así:

Artículo 1 El artículo 28 de la Ley 99 de 1993 quedará así:

Artículo 28. Del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible.

El Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será designado por el Consejo Directivo para un

⁹ Corte Constitucional. M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-1345 de 4 de octubre de 2000.

período de cuatro (4) años, contados a partir del 1 de enero de 2012, y podrá ser reelegido por una sola vez.

Parágrafo 1. El período de los miembros del Consejo Directivo de que tratan los literales e), f), y g) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, será igual al del Director de la Corporación Autónoma Regional o de Desarrollo Sostenible., y podrán ser reelegibles.

Parágrafo 2. El proceso de elección de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberá realizarlo el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo.

Parágrafo 3. El proceso de elección de los representantes del sector privado, ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberán realizarlo los integrantes de su mismo sector.

- d. Posteriormente, el Presidente de la República el 7 y 21 de enero de 2011 expidió los Decretos el 020 de 2011 *“Por medio del cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”* y 141 de 2011 *“Por el cual se modifican los artículos 24, 26, 27, 28, 29, 31,33, 37, 41, 44, 45, 65, y 66 de la Ley 99 de 1993, y se dictan otras determinaciones”*¹⁰, los cuáles fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencias C-216 de 29 de marzo y C-276 de 12 de abril de 2011, respectivamente.
- e. Luego, el 26 de septiembre de 2011 se expidió el Decreto Ley 3565 de 2011 *“Por el cual se modifican parcialmente la Ley 99 de 1993 y la Ley 1263 de 2008”*¹¹, que también fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-366 del 16 de mayo de 2012.

¹⁰ **Artículo 7°.** Modifíquese el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, el cual quedará de la siguiente manera:

Artículo 28. Del Director General. El Director General será el representante legal de la corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será nominado por el Presidente de la República ante el Consejo Directivo quien podrá ratificar dicha nominación, para un período institucional de dos (2) años, contado a partir de 1° de enero de 2012, en concordancia con el inicio del periodo establecido por el artículo 1° de la Ley 1263 de 2008. Si el consejo no ratifica la nominación, el Presidente postulará otro candidato. Si el consejo se abstiene de adoptar una decisión respecto del candidato postulado, pasado un mes desde la nominación el Presidente de la República encargará un director que permanecerá en el cargo hasta que el consejo designe.

Parágrafo Transitorio. El Presidente de la República designará, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del presente decreto, los directores generales de las Corporaciones Autónomas Regionales resultantes de la fusión, quienes ejercerán sus funciones hasta el 31 de diciembre de 2011.

Las Juntas Directivas de las Corporaciones Autónomas absorbidas quedarán disueltas a partir de la expedición del presente decreto y los cargos de directores de aquellas suprimido.

¹¹ ARTÍCULO 2o. Adiciónese el artículo 1o de la Ley 1263 de 2008 modificadorio del artículo 28 de la Ley 99 de 1993 con el siguiente parágrafo transitorio:

“Parágrafo transitorio. El período de los actuales Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible se ampliará hasta el 30 de junio de 2012.

El período institucional de los Directores Generales de las Corporaciones 2012-2015, iniciará el 1o de julio de 2012 y culminará el 31 de diciembre de 2015. El Proceso de elección de estos Directores deberá realizarlo el Consejo Directivo en el mes de junio de 2012.

El período de los actuales miembros del Consejo Directivo de que tratan los literales e), f) y g) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993 y de los representantes de la comunidad, organizaciones privadas o particulares que conforman los consejos directivos de las Corporaciones de Desarrollo Sostenible finalizará el 31 de diciembre de 2011”.

De conformidad con lo anterior¹² la norma vigente aplicable relacionada con la forma de designación, periodo y posibilidad o no de reelección al 28 de octubre de 2015, fecha de la elección aquí demandada es sin lugar a dudas el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008.

3.2. Sobre la solicitud del demandado de inaplicación del artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.

El demandado solicita se inaplique el artículo en mención por considerar que se vulnera el núcleo esencial del derecho de participación de aquellas personas que ya hayan ocupado el cargo, según él, porque así lo manifestó la Corte Constitucional en Sentencia C-1345 de 2000, al estudiar la posibilidad de reelección indefinida consagrada en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993.

Observa la Sala que el demandado hace una lectura parcial y equivocada de la Sentencia aludida, puesto que la Corte Constitucional en esa ocasión, al decidir sobre la exequibilidad de la norma argumentó como ya se manifestó en esta providencia en acápite anterior, que, en esos casos, el legislador podía establecer tanto **la posibilidad de reelección como su prohibición**, así:

“En esa perspectiva, no hay duda de que el legislador, en el caso concreto, tiene plena capacidad para expedir normas legales que rijan el ejercicio de las funciones públicas a cargo de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales, incluidas aquellas que regulen el proceso de designación de los mismos y las inhabilidades aplicables, pues el Constituyente, a través del numeral 7 del artículo 150 superior, lo habilitó para regular, a través de la ley, la organización y funcionamiento de dichas entidades, y en consecuencia para disponer lo relativo al nombramiento de sus directores generales, sin establecer la prohibición de reelegirlos”¹³.

Así las cosas, es claro para esta Sala de Decisión que no es posible aplicar la figura de excepción de inconstitucionalidad¹⁴ solicitada por el demandado, puesto que no se advierte la incompatibilidad entre la Constitución y la norma cuestionada.

3.3. Elección y reelección

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁵ **Elegir** significa: “1. Escoger, preferir a alguien o algo para un fin. 2. Nombrar por elección para un cargo o dignidad”. Y, **reelegir** volver a elegir.

¹² Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, pág. 905. Concepto reiterado por la misma Sala del Consejo de Estado el 2 de septiembre de 1961. En sentencia C-402 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Y Rad. 2014-0053.M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Fallo de 11 de diciembre de 2014 demandado: José Rodolfo Pérez Suárez. “*Las decisiones o pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional, luego de la constatación entre la norma legal y la Constitución, en virtud de sus competencias, que concluya en la declaratoria de inexecutable de la norma inferior, implica la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición legal*”.

¹³ Corte Constitucional. M.P.Fabio Morón Díaz. Sentencia C-1345 de 4 de octubre de 2000.

¹⁴ Que tiene fundamento en el artículo 4° de la Carta Política que señala que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier norma jurídica de inferior jerarquía, se aplicarán las disposiciones Constitucionales.

¹⁵ DRAE. 23ª Edición. 2014.

En la Constitución Política de 1991, el **elegir** y ser elegido está consagrado como parte del derecho fundamental de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40).

Sobre el concepto de actos de **elección** esta Corporación ha señalado que son **designaciones** que pueden ser de dos tipos: (i) por votos ciudadanos y (ii) por Corporaciones, y se diferencian de **los nombramientos** porque estos últimos son realizados por un nominador simple, así:

“Son actos de elección aquellos mediante los cuales se **designa por votos a alguien para algún cargo**; y las elecciones se hacen **por voto ciudadano o por corporaciones públicas** –Congreso, asambleas, concejos– o juntas, consejos o, en general, entidades colegiadas. Se hacen por voto ciudadano las elecciones de Presidente y Vicepresidente, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales, según lo dispuesto en los artículos 133, 190, 202, 260, 299, 303, 312, 314 y 323 de la Constitución. Esas elecciones se declaran mediante actos administrativos expedidos por la organización electoral, conforme a lo establecido en los artículos 265. 3 y 7, de la Constitución; 12.7 y 8, 166 (según fue modificado por el artículo 12 de la ley 62 de 1988), 180, 182, 184 (según fue modificado por el artículo 14 de la ley 62 de 1988) y 187 del Código Electoral, y 6, 7 y 8 de la ley 163 de 1994, especialmente. Se trata, claro está, de actos puramente declarativos, que acreditan el hecho de la elección y la situación jurídica del elegido en cuanto tal, y a eso se limitan. **Y se hacen por corporaciones públicas o por juntas, consejos o entidades colegiadas**, entre otras, las elecciones de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura, los miembros del Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Auditor de la Contraloría General de la República, los contralores departamentales, distritales y municipales y los personeros distritales y municipales, conforme a lo establecido en los artículos 141, 173, numerales 6 y 7, 178, numeral 1, 231, 239, 249, 254, 264, 266, 267, 272, 274, 276, 281 y 313, numeral 8, de la Constitución. Esas elecciones se hacen, entonces, por acto administrativo colegiado, expedido por la entidad nominadora plural. No se trata, como es obvio, de actos meramente declarativos de la elección, pues la entidad no declara simplemente la elección, sino que la hace, y son, por lo mismo, actos constitutivos de la elección, aun cuando esos actos concluyen con la declaración de haber sido hecha la elección, después de cumplidos la votación y el escrutinio correspondientes. Por último, **son actos de nombramiento aquellos mediante los cuales se designa a alguien para un cargo por un nominador simple**, como el nombramiento de ministros y directores de departamentos administrativos, que compete al Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 189 de la Constitución, entre otros. Y se trata, también en este caso, de actos constitutivos de situaciones jurídicas¹⁶. (resaltados fuera de texto)

Conceptos reiterados en Sentencia de 18 de septiembre de 2003, así:

“Al respecto se precisa que **los actos de elección** consisten en **designaciones por votos** y son de dos clases: **elección por voto popular** y **elección por corporaciones públicas**, tales como el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y, en

¹⁶ Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 73001-23-31-000-2001-0381-01(2819) M.P. Mario Alario Méndez. Sentencia de 24 de octubre de 2002.

general, por cuerpos colegiados y los actos de **nombramiento**, por su parte, consisten en **designaciones por un nominador simple**¹⁷.

3.4. Las elecciones del señor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** como Director de la Corporación Autónoma de Risaralda por el Consejo Directivo de la Entidad:

- El 7 de febrero de 2011 mediante **Acuerdo 002** “*Por medio del cual se **nombre** (sic) en audiencia pública al Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER-*”¹⁸:

“Artículo primero: **Nombrar** como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda **CARDER** al doctor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** identificado con cédula de ciudadanía No. 10.113.118 para terminar el periodo institucional 2007-2011, por los hechos descritos en la parte considerativa.”

- El 27 de junio de 2012 mediante **Acuerdo N. 007** “ *Por el cual se **nombra** Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda **CARDER** para el periodo institucional 2012 al 31 de diciembre de 2015*”¹⁹:

“Artículo 1. **Nombrar** como Director General de la Corporación Regional Autónoma -CARDER, para el periodo institucional 2012 al 31 de diciembre de 2015 al Sr. **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS**, identificado con cédula de ciudadanía N. 10.113.118 de Pereira”

- El 28 de octubre de 2015 mediante **Acuerdo N. 032** “*Por medio del cual se **designa** el Director General de la Corporación Autónoma regional de Risaralda -CARDER-, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019*”²⁰:

“Artículo primero: **Designar** como Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER, para el periodo institucional del primero (1) de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019, al doctor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS**, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.113.118 expedida en Pereira, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

De conformidad con lo anterior, sin realizar mayores interpretaciones o argumentaciones complejas, los actos de elección son aquellos en los cuáles se escoge o prefiere a alguien para algo²¹ y puede ser por voto popular o por un Cuerpo Colegiado o Corporación Pública.

En el caso que nos ocupa, de acuerdo con las pruebas obrantes en esta etapa del proceso, es posible afirmar que el señor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS**,

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 50001-23-31-000-2003-0232-01(3151). M.P. Reynaldo Chavarro Buriticá. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

¹⁸ En el literal F) de los considerandos se da cuenta que se realizó entrevista a “los aspirantes”.

¹⁹ En los considerandos se señala que de los 21 aspirantes 13 cumplieron con los requisitos.

²⁰ En el literal F) de los considerandos se señala que se presentaron 8 aspirantes.

²¹ Definición gramatical del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

fue escogido entre varios aspirantes²² por el Consejo Directivo²³ de la Corporación Autónoma de Risaralda como su Director General en **tres ocasiones** a saber: (i) mediante Acuerdo 002 el 7 de febrero de 2011, (ii) mediante Acuerdo 007 el 27 de junio de 2012 y (iii) mediante el Acuerdo N. 032 de 2015 el 28 de octubre de 2015.

En este punto es necesario analizar si el señor **ALVAREZ VILLEGAS** al ser elegido por tercera vez como Director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda mediante el Acuerdo 032 de 2015, incurrió en la prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, y por ende se dan los requisitos para decretar la medida de suspensión de los efectos del acto demandado.

Para esta Sala de Decisión no es aceptable el argumento presentado por el demandado: que al no ejercer el periodo institucional completo en la primera designación del año 2011 no se incurre en la prohibición, puesto que no existe fundamento legal ni reglamentario que así lo establezca y de la simple lectura de la norma prohibitiva no se puede extraer tal conclusión, pues esta señala únicamente que el Director General de la Corporación podrá “*ser reelegido por una sola vez*” sin hacer ningún tipo de distinción.

En lo que tiene que ver con otro de los argumentos esbozados por el actor, relacionado con que el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 establece como primer periodo el que empezaba 1 de enero de 2012 y por lo tanto su segundo periodo sería el que inició el 1 de enero de 2016, por lo tanto, la designación o elección con anterioridad a esa fecha no cuenta para la prohibición, no es de recibo para esta Sala Electoral por lo siguiente:

La referencia temporal contenida en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008 no determina el momento a partir del cual debe ser aplicada la prohibición, como lo señala el demandado, sino que al cambiar el término del periodo de 3 a 4 años y su objetivo de homologarlo con los periodos de los Alcaldes y Gobernadores contenido en el artículo 3⁰²⁴ de la misma normativa, era necesario indicar cuando empezaba el **primer periodo de 4 años** luego de la transición.

Así las cosas, en esta etapa del proceso, de conformidad con las pruebas allegadas, está claro que el señor **ALVAREZ VILLEGAS** al ser elegido por tercera vez como Director de la Corporación Autónoma de Risaralda incurrió en la prohibición consagrada en el artículo 1 de la Ley 1263 de 2008.

Atendiendo los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tal como ha sido señalado por esta Corporación “*El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la*

²² Según consta en los tres actos de elección allegados al proceso.

²³ Cuerpo Colegiado de la Entidad.

²⁴ **Artículo 3°. Transición.** Para lograr la homologación del período de los actuales Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible y de sus miembros de Consejo Directivo con el período de Gobernadores y Alcaldes se requiere un período único de transición, para esto:

El período de los actuales Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y el de los miembros del Consejo Directivo de que tratan los literales e), f), y g) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, se extenderá dos (2) años más, es decir hasta el 31 de diciembre de 2011.

*comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho*²⁵ es necesario decretar la medida de suspensión de los efectos del acto de elección, en virtud de proteger el principio de apariencia de buen derecho, siendo que está demostrado que existen razones para desantender su eficacia.

Por lo anterior, para esta Sala Electoral, luego de efectuado el análisis correspondiente es evidente, en esta etapa procesal, que el acto demandado viola las normas superiores invocadas en la solicitud de medida cautelar, por lo que resulta conducente decretar la medida de suspensión provisional del Acuerdo No. 032 del 28 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) Por medio del cual se designó a **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** como Director General de dicha Corporación, para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019, sin que esto implique prejuicio, tal como lo prevé el artículo 229 del CPACA.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 231, 276 y 277 del CPACA. la Sala,

I. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por los Señores CARLOS ALFREDO CROSTHWAITE FERRO y DANIEL SILVA ORREGO contra la elección de **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** como Director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, por lo que se dispone:

1. NOTIFIQUESE al señor **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** como Director de la Corporación Autónoma Regional de conformidad con el literal a) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA. Al correo electrónico jalvarez@carder.gov.co.

De no ser posible su notificación personal se procederá de conformidad con lo establecido en los literales b) y c) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

2. NOTIFIQUESE personalmente esta providencia al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda a través de su Presidente en lo posible acudiendo al mecanismo establecido en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA., mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales de dicha autoridad pública.

3. NOTIFIQUESE personalmente esta providencia al señor Procurador Delegado ante esta Sección, tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 277 del CPACA.

4. NOTIFIQUESE por estado al demandante.

5. INFORMESE a la comunidad la existencia de este proceso de conformidad con el numeral 5 del artículo 277 del CPACA.

²⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001031500020140379900. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Auto de 17 de Marzo de 2015.

6.- COMUNIQUESE a la Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

SEGUNDO: DECRETAR la medida de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo N. 032 del 28 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) Por medio del cual se designó a **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS** como Director General de dicha Corporación, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019.

TERCERO: Notificar por el medio más expedito el decreto de la medida cautelar al demandado **JUAN MANUEL ALVAREZ VILLEGAS**.

CUARTO: Notificar del decreto de la medida cautelar a los miembros del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda por intermedio de su Presidente.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidente

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejero

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

SALVAMENTO DE VOTO
Consejero: **ALBERTO YEPES BARREIRO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales no comparto el sentido de la decisión adoptada en el auto de la referencia, en lo relativo a la orden de suspender provisionalmente los efectos del acto demandado, para lo cual me ocuparé de los siguientes asuntos: (i) dejar sentado mi criterio sobre aspectos inherentes a la institución de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo; (ii) el estudio de la inhabilidad alegada en el caso concreto; y, (iii) el carácter vinculante de los precedentes judiciales y los efectos de sus cambios.

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

Hablar de cautela o medidas cautelares, sabido es, refiere a un mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar, por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, *la periculum in mora*²⁶.

Y por otro, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pueda de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, a partir de lo que se ha denominado la apariencia de buen derecho o *fumus bonis juris*, para lograr un equilibrio entre las partes procesales o, como lo dice la Corte Constitucional²⁷, la igualdad entre ellas, es decir, entre quien considera que tiene el derecho y aquella que se niega a reconocerlo o lo ha vulnerado.

1.1. El bloque de constitucionalidad y el derecho a un recurso judicial efectivo

La inserción de medidas cautelares en los ordenamientos procesales no son más que una manifestación del principio que en el contexto internacional y en el derecho internacional de los Derechos Humanos se ha denominado **recurso o tutela judicial efectiva** y que en nuestro ordenamiento constitucional se ha entendido en ocasiones como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia del artículo 228 Constitucional o un derecho fundamental de carácter autónomo²⁸. No obstante en los términos de los tratados internacionales y por la remisión que hace el artículo 93 de la Constitución Política ha de entenderse como un derecho autónomo al que consagra en el artículo 228 Constitucional, es decir, al de acceso a la Administración de Justicia.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Oxford University Press México. Primera Serie Volumen 2. Pág. 16.

²⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ En un seguimiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede deducirse que en algunas ocasiones esa Corporación ha definido este derecho como parte del derecho al acceso a la administración de justicia, v.gr. sentencias C-268 de 1996, C-1051 de 2001 y C-454 de 2006. En otras, como en la sentencia C-426 de 2002 los identifica como lo mismo. Por su parte, en los autos 024 de 2004 y 100 de 2008, parece referirse al principio de tutela efectiva como un derecho fundamental autónomo.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución establece que los tratados, internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden interno, lo que se ha entendido como la integración por remisión de la Carta del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al ordenamiento constitucional.

Bajo ese entendido, encontramos en referencia al derecho a un **recurso judicial efectivo** o **tutela judicial efectiva**, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 2, literal a) lo consagra y el literal b) que fija la obligación para las autoridades internas de desarrollar las posibilidades de ese recurso²⁹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica en sus artículos 8, numeral 1 y 25 se refiere a la protección judicial de las personas y repite la obligación para las autoridades internas de desarrollarla³⁰. Igualmente las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y la Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, pese a ser declaraciones, gozan de fuerza vinculante, consagran el derecho de toda persona a un **recurso efectivo** ante los tribunales nacionales para que, en condiciones **de plena igualdad**, se protejan y determinen sus derechos y obligaciones.

La obligación de los Estados de instaurar mecanismos judiciales para garantizar la efectividad de los derechos no se circunscribe exclusivamente a los derechos denominados fundamentales. No, abarca la protección de todos aquellos derechos o intereses de los que es titular la persona, independiente de si tienen rango constitucional o simplemente legal.

Esta aclaración es importante hacerla por cuanto en algún momento erradamente se podría inferir que el principio de tutela judicial efectiva hace referencia exclusivamente a la creación de mecanismos para la protección de los derechos de rango fundamental, es decir, a instrumentos como la acción de tutela en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, restarle la importancia constitucional que tienen las medidas de cautela en los procedimientos judiciales.

El anterior aserto encuentra respaldo, entre otros, en pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual:

“...el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1. y lo dispuesto en el artículo 8.1.,

²⁹ Señala expresamente el literal b) “La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y **desarrollará las posibilidades de recurso judicial**” (resaltado fuera de texto)

³⁰ El artículo 25 en comento, en su literal c) se refiere expresamente que los Estados deben garantizar el cumplimiento toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado-, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”³¹ (negrilla fuera de texto).

En consecuencia, de la normativa internacional citada debemos entender que el Estado colombiano tiene la obligación de consagrar mecanismos judiciales que permitan la efectividad de los derechos, dispositivos que, como lo han indicado los órganos de interpretación de los tratados internacionales citados, no basta con que se inserten en el ordenamiento sino que sean **eficaces e idóneos**³².

En ese orden de ideas, el Estado colombiano no cumple con la obligación internacional en mención al consagrar acciones, recursos o mecanismos de control como los denomina hoy la nueva normativa de lo contencioso administrativo que le permitan al ciudadano acudir a la jurisdicción para reclamar por las acciones, omisiones, operaciones, hechos y contratos de y con la administración, si ellas no resultan **eficaces e idóneas** para la protección de los derechos e intereses en discusión.

Idoneidad y eficacia que, en muchos eventos se ve afectada por los tiempos que debe tomar la Administración de Justicia para decidir y/o porque cuando se adopta el fallo definitivo, el derecho o interés en juego se ha vulnerado de tal manera que el fallo resulta inútil, carente de valor.

Es, en este contexto, en donde las llamadas medidas cautelares vienen a jugar un papel trascendental dentro de los procesos judiciales pues son medios adecuados para que desde el comienzo del proceso, el juez, como su director, pueda frente al derecho o interés en litigio: i) impedir un cambio probable; ii) eliminar el cambio ya ocurrido o iii) anticipar el posible cambio que se pueda generar³³. De manera que éstas se convierten en la mejor y más adecuada

³¹ Caso Marín de Mejía vs. Perú, en O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Bogotá, 2004. Pág. 481. En el mismo sentido, otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros, según se lee en COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/47_79.pdf.

³² Es importante recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la interpretación que hacen los órganos dentro del sistema interamericano constituyen un criterio hermenéutico relevante para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Cfr. Sentencias C-406 de 1996 y C-010 de 2000, entre otras.

³³ Es precisamente el profesor Carnelutti el que explica las vicisitudes a las que se enfrenta quien acude a la administración de justicia y las posibles acciones que debería adoptar el juez desde que se trata la litis para lograr una verdadera protección de los derechos e intereses de aquel. Ob cit, pág.

herramienta con la que cuenta el Estado para lograr el cumplimiento anticipado y efectivo del fallo judicial, y en una garantía que permitirá satisfacer de forma real los derechos de quien acude a la jurisdicción, incluido obviamente, el restablecimiento del orden jurídico como sucede con la acción de simple nulidad.

En buena hora y seguramente inspirado, entre otros, en los textos del Profesor Carnelutti y obviamente en las experiencias internacionales, el legislador colombiano decidió introducir en el ordenamiento de lo contencioso administrativo un elenco de medidas de cautela que antes estaban restringidas a la suspensión provisional.

En efecto, en Alemania³⁴, en Italia³⁵ y en España³⁶, a partir del reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva y en la forma como los tribunales internacionales de Derechos Humanos³⁷ lo concibieron e interpretaron, se abrió paso la idea según la cual las medidas de cautela debían hacer parte del derecho a una tutela judicial efectiva y fue así como, por ejemplo, en la legislación española se introdujo esta figura en la Ley 28 de 1998.

Por su parte, el legislador colombiano, bajo la misma égida de la tutela o recurso judicial efectivo³⁸ hace esa regulación en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011 en los que introduce al régimen de lo contencioso administrativo la figura de las medidas cautelares, bajo una ordenación que no se conocía en nuestro ordenamiento, salvo en lo que hacía a la cautela denominada suspensión

³⁴El derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, artículo 19.4, bajo el capítulo de los derechos de libertad.

³⁵ Artículos 24 y 113 de la Constitución. “Una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la tutela *giurisdizionale*, en el sentido de que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate, refundiendo en la misma cláusula proteccionista el derecho a la defensa, vista como un derecho inviolable de las personas en cualquier estado o grado del procedimiento, de donde la jurisprudencia ha deducido la existencia de cautelas que trascienden la suspensión provisional ampliando la esfera de la tutela cautelar, subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano. El artículo 113 de la Constitución italiana complementa esta disposición, pues cobija la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que se hubieren vulnerado por los actos de la administración pública, por lo cual es la jurisdicción la que se encarga de controlar el acto administrativo, sin que se puedan permitir exclusiones...” Barnés Vásquez, J., “Addenda: un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la Constitución italiana”, en Barnés Vásquez, J.(coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 251-255, Tomado del escrito de Araújo-Oñate, Rocío Mercedes, “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 247-291.

³⁶ El artículo 24 de la Constitución, señala que : “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

³⁷ TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS. Caso Soering vs Reino Unido. 1988. Igualmente, es sumamente trascendental el fallo que profirió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el caso Factortame. Providencia de 19 de junio de 1990

³⁸ En el informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley No. 315 DE 2010 Cámara y 198 de 2009 Senado de 23 de noviembre de 2010, se lee lo siguiente “En el Capítulo XI de medidas cautelares (arts. 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva**” (subrayas y negrilla fuera de texto)

provisional, medida que solo era procedente para las acciones, que hoy se denominan medios de control: de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese sentido, el artículo 229 indica que las medidas de cautela tienen por finalidad proteger **i)** el objeto del proceso y **ii)** la efectividad de la sentencia. Es decir, se pretende que ellas permitan asegurar a quien acude a la Administración de Justicia ver satisfecho de forma provisional su derecho o interés, inclusive el abstracto de restablecimiento del orden jurídico, independiente del tiempo que se tarde el fallo definitivo, pues solo una vez se dicte éste, existirá la certeza sobre su titularidad.

Nada impide, por tanto, que el juez anticipe el análisis o examen del asunto sometido a su conocimiento cuando adopta la medida de cautela, en aras además de la realización del principio de tutela judicial efectiva de la materialización de otros principios como el de eficacia y celeridad del proceso.

En ese contexto, el legislador definió en el artículo 230 las medidas cautelares que puede adoptar el juez de lo contencioso administrativo en el curso de un proceso. Estas son: i) Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; ii) Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, medida que podíamos calificar como la última o extrema, porque se exige que se acuda a ella *“cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción”*; iii) Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; iv) Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; e, v) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

No es éste el espacio para hacer el análisis de cada una de las medidas de cautela que introdujo el legislador en esa regulación, basta señalar algunas generalidades de ellas, así:

i) son procedentes en todos los procesos declarativos y constitucionales que se tramiten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) se pueden solicitar con la demanda o posteriormente³⁹; iii) se debe probar un perjuicio irremediable por parte de quien la solicite o que la sentencia tendrá efectos nugatorios si no se adopta un correctivo inmediato, requisitos éstos que no se requieren en el caso de

³⁹ Esta generalidad parece tener una excepción en el medio de control electoral en donde la solicitud de la medida provisional de suspensión solo es procedente si se solicita en la demanda o en escrito separado que la acompañe, en los términos del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

la suspensión provisional; iv) en los casos de la medida cautelar de urgencia y en el medio de control electoral, la solicitud de suspensión provisional se decide con la admisión de la demanda, por tanto, no se requiere la notificación a la parte demandada, en los demás casos la decisión sobre la medida se adopta después de admitida la demanda y previa notificación a la parte contraria sobre la solicitud de la misma, para que se pronuncie en un término de 5 días; v) se puede suspender o levantar en cualquier momento previa caución o cuando se demuestre que ya no existen o se han superado los hechos que le dieron origen. Igualmente se puede modificar por otra para que cumplan su propósito dentro del proceso; vi) su concesión requiere de la presentación de una caución, la única medida de cautela en la que ésta no se exige es en la suspensión provisional.

Como se puede apreciar de la breve descripción que se hizo en el párrafo anterior, la denominada suspensión provisional tiene unas particularidades en relación con los otros medios de cautela que implantó la Ley 1437 de 2011 que requiere de un análisis específico, razón por la que me referiré en este escrito de aclaración únicamente a ella, puesto que fue el medio que solicitó el demandante en su escrito de demanda.

1.2. La nueva teleología de la suspensión provisional como medida cautelar

Como se precisó anteriormente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no regulaba medio de cautela diverso a la suspensión provisional, la que fue desarrollada en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, y que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 tuvo consagración constitucional en el artículo 238 al expresar que esta jurisdicción podría suspender provisionalmente *“por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”*

Pese a esa consagración constitucional y a la posibilidad de un desarrollo diverso al que de ella se hizo en el Decreto 01 de 1984, solo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se reparó en su finalidad.

La suspensión provisional durante los 28 años en que estuvo vigente el Decreto 01 de 1984 no cumplió su papel de medio de cautela si entendemos por éste, el mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, **la**

periculum in mora; y por otro lado, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pudiera de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, es decir, **el objeto del proceso** como lo denomina hoy el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

En tratándose del medio de control de nulidad, es claro que el objeto del proceso no es otro que el restablecimiento del orden jurídico en aras de salvaguardar el principio del bloque de legalidad, entendido éste en el marco de un Estado material de Derecho como *el conjunto de normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico*⁴⁰ para diferenciarlo del principio de legalidad positivista, es decir, sujeción a la ley en sentido formal.

Decíamos que la finalidad de la cautela de suspensión en cuanto la protección del objeto del proceso no se cumplía en vigencia del numeral 2 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984, por cuanto su concesión se hizo casi imposible a partir de la interpretación del vocablo “*manifiestamente*” que éste empleaba.

En efecto, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo interpretó ese término en el sentido según el cual la infracción de la norma que se decía vulnerada debía ser “... *clara y ostensible que no requiera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores.*”⁴¹. Es decir, se exigía una transgresión tan grosera, tan evidente del ordenamiento que el juez no necesitaba hacer razonamiento alguno para decretar la suspensión que le era solicitada.

Por tanto, se decía que si había necesidad de alguna argumentación para su procedencia, ésta debía hacerse solo en la sentencia que definiera definitivamente sobre la nulidad o no del acto acusado, en aras de dar prevalencia a la presunción de legalidad que bajo esa hermenéutica solo se podía desvirtuar en la sentencia.

Bajo esa exégesis, esta Sección antaño y reiteradamente sostuvo, por ejemplo, que “*era indispensable que la violación manifiesta de la normas de derecho alegada, se perciba a través de una sencilla comparación entre el acto administrativo acusado o del examen de las pruebas aportados (documentos públicos) y las normas jurídicas en que se fundamenta sin necesidad de acudir a razonamientos profusos y complejos. La simple confrontación de los extremos*

⁴⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Pág. 365.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Radicación número 0983. Ponente, Dr. Luis Eduardo Jaramillo.

referidos debe permitir constatar que se ha subvertido el orden jurídico.⁴² (Negrilla fuera de texto)

Se consideraba, entonces, que **“La medida resulta improcedente si para avizorar la infracción al ordenamiento jurídico es menester hacer lucubraciones o razonamientos profundos o sistemáticos, si mas allá de la confrontación entre la norma, el acto acusado y las pruebas presentadas, se debe hacer una valoración mancomunada, sistemática y profunda de la prueba documental aportada y de las normas invocadas, pues tal tipo de razonamientos solamente se puedan hacer al momento de fallar, garantizando al sujeto pasivo de la acción su derecho a la defensa y a contradecir todos y cada uno de los medios de prueba para sustentar la causal de nulidad...”**⁴³.

Esa interpretación para la concesión restringida de la suspensión provisional, llevó a la Corte Constitucional a señalar que la acción de tutela era procedente pese a la existencia en el proceso administrativo de la medida cautelar de suspensión provisional porque aquella era **ineficaz**, pues si el juez administrativo no podía hacer ninguna clase de razonamiento y solo en el fallo era posible determinar si la vulneración se presentaba, correspondía por tanto al juez de tutela analizar el acto acusado frente a los derechos fundamentales que se decían vulnerados, para decidir si ordenaba o no la suspensión que en lo contencioso no fue posible encontrar.

La procedencia de ese otro recurso judicial o tutela efectiva, es decir, del amparo constitucional se precisaba generalmente en los casos de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde, además de exigirse la vulneración *“manifiesta”* se debía demostrar sumariamente el perjuicio que la ejecución del acto podría ocasionar, en los términos del numeral 3 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984. No obstante el análisis de este segundo requisito no se efectuaba, en razón a que el operador jurídico se quedaba en la falta de una oposición grosera del acto frente a la normativa que se decía desconocida, prevalecía, entonces, la presunción de legalidad.

El Tribunal Constitucional enunció, entonces, las diferencias entre la acción de tutela y la suspensión provisional, para justificar la procedencia de la primera ante la ineficacia de la segunda:

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de octubre 14 de 1999. C.P. Reynaldo Chavarro Buriticá. Exp 2340.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp.3529.

*“3) A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; **pero lo que sí se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos. En efecto:***

“La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

“...

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.”⁴⁴ (Negrilla fuera de texto)

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. M. P.. Carlos Gaviria Díaz.

La conclusión de la Corte no era otra que afirmar que: la suspensión provisional no era un medio **idóneo** para la protección de derechos fundamentales, razón por la que la acción de tutela se imponía.

Esa interpretación limitada del término “*manifiesta*” que empleaba el Decreto 01 de 1984, llevó a los redactores de la Ley 1437 de 2011 a proponer su modificación para lograr la eficacia de este medio de cautela. Por lo menos así se lee en siguiente informe de ponencia:

*“En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, **en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz.** Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud;** igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.”⁴⁵ (Negrilla y subrayas fuera del texto).*

En consecuencia, se propuso una redacción sencilla del correspondiente artículo, en el que se enunciaba lo siguiente: “**Artículo 233. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda”⁴⁶. Redacción que se mantuvo inalterada en todos los debates⁴⁷, hasta el cuarto debate en Cámara, en donde en aras, se repite, **de la eficacia de la medida** como se lee expresamente en el informe de ponencia antes transcrito, se cambió la redacción para agregar que la suspensión provisional debía otorgarse cuando la “*violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.*”.

Entonces siendo así, resuelta de perogrullo afirmar que la reforma legislativa, al eliminar el término “*manifiestamente*” y consagrar que aquella procedía cuando existiere la violación entre el acto acusado y la norma que se decía vulnerada, modificó radicalmente la teleología y el entendimiento de la suspensión provisional como medida cautelar.

⁴⁵ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta 951 del 23 de noviembre de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe de ponencia.

⁴⁶ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta 264 del 27 de mayo de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en el Senado de la República.

⁴⁷ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta 683 del 23 de septiembre de 2010. En la que se publicó el texto para primer debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe.

Así lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia SU-355 de 2015, al sostener que la nueva regulación de la suspensión provisional contenida en la Ley 1437 de 2011 introdujo cambios que convirtieron a esta medida cautelar en un medio idóneo y eficaz para debatir la posible violación de derechos derivada de la expedición de un acto administrativo:

“5.3.4. Podría afirmarse que la acción de tutela es en todo caso procedente dado que el medio de control antes referido –incluyendo la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto sancionatorio- no daría una respuesta oportuna para la protección de los derechos del accionante. A favor de esta posición podrían citarse algunos de los precedentes referidos en el fundamento jurídico 5.1.4 de esta providencia y, en particular, las consideraciones recientemente expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013 en la que se admitió dicha posibilidad respecto de un caso que guarda, en relación con la naturaleza del cargo, la sanción impuesta y la autoridad disciplinaria, importantes similitudes con el que ahora estudia la Corte.

5.3.5. Pese a ello, debido a que la regulación de la suspensión provisional sufrió cambios significativos en la Ley 1437 de 2011 relacionados, entre otras cosas, con las condiciones que se requieren para su aplicación, debe la Corte precisar si en este caso se cumplen las condiciones establecidas en la sentencia SU-712 de 2013 y, en particular, aquella que fija como presupuesto de procedencia de la acción de tutela “que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.”

Para la Corte, dicha regulación así como las circunstancias actuales del proceso que adelanta el accionante ante la jurisdicción contencioso administrativa, confirman la improcedencia de la acción de tutela.

5.3.5.1. El artículo 152 del Decreto 01 de 1984 -en cuya vigencia la Corte Constitucional adoptó la sentencia SU-712 de 2013 reconociendo la procedencia de la acción de tutela-, prescribía que la suspensión provisional de actos administrativos podía abrirse paso cuando (i) se solicitara y sustentara de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida y (ii) se identificara la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la nulidad, mediante confrontación directa o documentos públicos aportados con la solicitud de suspensión. Adicionalmente el referido artículo prescribía (iii) que si la acción era distinta de la de nulidad, era necesario demostrar sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

(...)

Conforme a lo señalado, las restricciones de la suspensión provisional aludían a la oportunidad para solicitarla y a las condiciones para su prosperidad. Solo era posible plantearla antes de ser admitida la demanda y su éxito dependía

de que la oposición con normas superiores fuese “evidente”, “ostensible”, “notoria”, “palmaria” o “a primera vista”. Esto último le imponía a la autoridad judicial la prohibición de emprender tareas de interpretación jurídica o fáctica encaminadas a establecer la violación de las normas aplicables⁴⁸.

5.3.5.2. La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

(...)

5.3.6. La aplicación de las reglas que según la sentencia SU-712 de 2013 definen la procedencia de la acción de tutela cuando se cuestionan actos administrativos sancionatorios, exige considerar los cambios normativos que introdujo la Ley 1437 de 2011 en materia de medidas cautelares. Tales modificaciones inciden directamente en la forma en que deben ser apreciados casos como el que ahora examina la Corte si se considera que según la

⁴⁸ En la sentencia SU-039 de 1997 la Corte se refería así a la figura de la suspensión provisional: “La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación *prima facie* o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso (...).”

última de las reglas que establece la citada sentencia “para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.”

Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, **la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.**

En efecto, **al amparo de las normas sobre suspensión provisional, el juez administrativo puede ocuparse de evaluar antes de un pronunciamiento definitivo y en un término breve, si el acto administrativo se opone, al menos en principio, a las normas señaladas por el demandante, lo que incluye naturalmente las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Si bien la suspensión provisional de los efectos de un acto de la administración no supone su invalidez, sí tiene la aptitud de proteger los derechos presuntamente afectados, al proscribir que dicho acto sea ejecutado.** Además, de conformidad con la regulación vigente, la solicitud de suspensión provisional puede, en eventos de urgencia valorados por el juez administrativo, adoptarse sin previa notificación de la otra parte.⁴⁹ (Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Precisamente lo que demuestra el iter legislativo brevemente reseñado en párrafos anteriores es todo lo contrario, es decir, que lo que buscó el legislador al eliminar expresamente el vocablo “manifiestamente” fue permitir al juez un análisis, una valoración inicial del acto acusado con la normas que se dicen desconocidas para determinar si procede o no la suspensión provisional.

En una primera etapa, la posición mayoritaria de esta Sección parecía deducir que para que procediera la medida cautelar de suspensión provisional se requería que la violación surgiera del “análisis” del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas, para lo cual la locución “surgir” fue asimilada a las expresiones “brotar”, “aparecer” o “manifestarse”, lo que condujo a que el examen o análisis que debía efectuar el juez para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, fuera idéntico o por lo menos similar al que exigió la jurisprudencia en vigencia del Decreto 01 de 1984.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-355 de 2015. M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo.

Es decir, inicialmente se impuso en la Sección una interpretación que le impedía al operador un estudio dialéctico en que, a partir o con los elementos aportados en la demanda, se formara una primera opinión sobre si el acto acusado vulnera el ordenamiento jurídico al que está sometido para, consecuentemente, decretar su suspensión provisional, en aras de proteger la integridad de aquel.

En otros términos, con infinidad de talanqueras gramaticales, se pretendió imponer hasta el final del proceso la presunción de legalidad del acto, con lo que se impedía una de las finalidades de la medida cautelar como lo es la de asegurar el objeto del respectivo medio de control que, en los casos de la simple nulidad no es otro que el restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico, perturbado o alterado por un acto contrario a aquel o el de nulidad electoral, que además del restablecimiento del orden jurídico, busca la transparencia, igualdad y eficacia del voto como manifestación del derecho constitucional consagrado en el artículo 40, numerales 1 y 7 de la Constitución Política.

Sin embargo, la Sala ha variado esta primera posición y en numerosos casos ha optado por negar las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos demandados por otros motivos, igualmente cuestionables.

En efecto, superada esta primera etapa, en decisiones recientes la Sala ha propendido por no realizar un estudio de fondo para efectos de decretar la medida cautelar, bajo la excusa de un posible prejuizamiento o que la complejidad del asunto obliga a realizar el juicio de legalidad del acto demandado al momento de proferir sentencia.⁵⁰

Solo en casos excepcionales, la Sala ha procedido a realizar un verdadero juicio previo de legalidad del acto acusado, en los términos señalados en el artículo 231 del CPACA, como en el caso en el que se decretó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de la señora Johana Chaves García como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, para el período 2014-2018, por incursión en doble militancia;⁵¹ las recientes decisiones por las cuales se suspendieron provisionalmente los efectos de los actos de elección de los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial;⁵² o la providencia por la cual se decretó la suspensión provisional del acto por el cual se designó en

⁵⁰ Ver, entre otros, expediente 25000-23-41-000-2015-01845-01, auto de 12 de noviembre de 2015; expediente 11001-03-28-000-2015-00060-00, auto de 18 de febrero de 2016.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00057-00. Auto de 13 de agosto de 2014.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 110010328000201500047-00. Auto de 21 de enero de 2016; y expediente 1100103280002015004800. Auto de 15 de diciembre de 2015.

provisionalidad a la señora Martha Patricia Zea Ramos como Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.⁵³

1.3. El papel del juez de lo contencioso en el marco de las medidas de cautela

Es que, en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, brevemente reseñado en un acápite anterior, debe entenderse que hoy el juez de lo contencioso administrativo está llamado a abordar el estudio de la procedencia de la suspensión provisional en un contexto en donde prime el carácter normativo de la Constitución y el principio de prevalencia de los derechos fundamentales.

La decisión sobre la procedencia o improcedencia de este mecanismo tutelar, implica por parte del juez un análisis del acto acusado con las normas que se dicen vulneradas, en donde, como lo ha sostenido la Sección, en un criterio que he acompañado⁵⁴, corresponde al demandante sustentar la solicitud e invocar las normas desconocidas por el acto acusado, y al funcionario judicial efectuar un estudio de esos argumentos para confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, en lo que para el efecto tendrá que interpretar, explicar, y, en algunos casos, seguramente aclarar exegesis que sobre el asunto sometido a conocimiento se presenten.

En otros términos, no puede aceptarse el criterio según el cual el juez al momento de decidir sobre la solicitud de medida cautelar no pueda hacer un juicio previo de legalidad del acto acusado y así expresarlo, anticipando su criterio, pues no otra cosa le corresponde si aceptamos que la suspensión provisional como medida cautelar que es, está llamada a asegurar, por un lado, el objeto del proceso y por otro, la efectividad de la sentencia, pues las decisiones tardías en defensa del ordenamiento superior simplemente sirven a lo sumo como ejemplo a los académicos, pero en la práctica no tienen ningún efecto, en la medida en que las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban al momento en que se cometió la ilegalidad o desconocimiento del ordenamiento superior.

En ese sentido y a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C.C.A, considero que el operador judicial está obligado hoy a efectuar un análisis detallado de los argumentos expuestos en la demanda para definir si es o no procedente la suspensión teniendo como referente su papel garantista y protector

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00046-00. Auto de 15 de diciembre de 2015.

⁵⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

del ordenamiento jurídico, en donde los valores, los principios y derechos fundamentales han de ser el referente para su definición cuando así lo advierta el demandante.

Esta nueva concepción del rol que debe tener el juez de lo contencioso administrativo frente a las solicitudes de la cautela judicial de suspensión provisional busca, entre otros, cumplir uno de los objetivos que se propuso el legislador al insertar estas medidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: dotar al juez de lo contencioso de herramientas que le permitan la satisfacción pronta y efectiva de los derechos de quienes acuden a la jurisdicción, pero en especial, unificar sus poderes con los del juez de tutela, a efectos de que la acción de amparo recobre la naturaleza constitucional que tiene, es decir, el *mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, cuando no exista en el ordenamiento otro que con la misma idoneidad puede satisfacer los derechos de rango fundamental.*

La suspensión provisional, junto con los otros medios de cautela que diseñó el legislador en la Ley 1437 de 2011, son, en mi concepto, medios idóneos y eficaces con los que cuenta hoy el juez de lo contencioso administrativo para asegurar, cuando ellos estén en juego, la protección, garantía y restablecimiento de los derechos e intereses de quienes acuden a los diversos medios de control, incluidos o en especial, los derechos fundamentales.

Así, la solicitud de la medida cautelar de suspensión, en el marco del derecho de acceso y tutela efectiva, presupone poner en movimiento el aparato judicial, para que el juez, en ese momento procesal - admisión de la demanda-, satisfaga esta garantía con un pronunciamiento que si bien no es definitivo, sí asegure que los fines del medio de control en el que ella se ha impetrado se cumplan. Lo que justifica exigir a quien demanda, una carga en cuanto al sustento y pruebas sobre la violación para que se pueda efectuar en debida forma el debate en ese primer momento procesal.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la suspensión provisional debe ser analizada bajo la égida de un recurso judicial y efectivo para la defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses de los asociados que, por ende, no puede estar sujeta a interpretaciones que hagan nugatoria su efectividad a la luz de la nueva legislación que rige la materia, pues con la reforma que introdujo el legislador no cabe duda que cumplió con la obligación de consagrar medios idóneos para la protección de los derechos de los asociados,

materializando el principio de supremacía de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

1.4. La suspensión provisional es un juicio previo de legalidad que puede ser confirmado o desvirtuado en la sentencia y, en consecuencia, no se puede hablar de prejuzgamiento

Las ideas expuestas anteriormente, me llevan a sostener que cuando el juez de lo contencioso decide sobre la solicitud de suspensión provisional, le corresponde adelantar lo que he denominado un primer juicio o juicio previo de la legalidad del acto⁵⁵, en el que se debe evaluar, por un lado, las razones de la solicitud y, por otro, las pruebas aportadas, si las hay. Por tanto, el análisis que concierne al funcionario debe ser detallado, profundo, razonado, que le permita una idea preliminar sobre la posible legalidad o no el acto acusado.

De modo que debe entenderse que el legislador le otorgó al juez administrativo un papel dinámico al momento de adoptar la medida cautelar, que lo obliga a realizar un juicio previo de legalidad del acto administrativo cuestionado, sin que ese primer acercamiento o decisión provisional pueda ser entendida como un prejuzgamiento -como bien lo advierte el artículo 229 *ibídem*- porque el legislador, en este caso, le ha otorgado expresamente al juez la competencia para efectuar ese pronunciamiento, el cual puede variar si en el curso del proceso surgen elementos de juicio de carácter normativo y/o probatorio que lo lleven a cambiar esa primera percepción sobre la legalidad o no del acto, asunto que se determinará definitivamente en la sentencia.

Guillermo Cabanellas afirma que no puede hablarse de prejuzgamiento “*cuando la judicatura se pronuncia sobre los escritos que traban la litis. Lo repudiable es la obstinación impermeable a probanzas posteriores y a alegatos con bases más fundadas que la de los escritos iniciales*”⁵⁶.

En ese contexto, entiendo que prejuzgar implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de **la oportunidad procesal** su criterio sobre el objeto de *litis* o alguno de sus extremos. Es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto **en una etapa procesal** no prevista para el efecto.

⁵⁵ En sentencia C-803 de 2006, la Corte Constitucional definió la suspensión provisional como un control de legalidad al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa.

⁵⁶ CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág.362

La Corte Constitucional ha dicho que “*Ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales.*”⁵⁷.

En el caso en estudio, el legislador expresamente advirtió en el artículo 229 que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejuzgamiento, porque entendió que debía habilitar ese momento procesal, previo a la sentencia, para que el funcionario hiciera un primer juicio de legalidad del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda para atender o no la suspensión del acto censurado⁵⁸, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

En ese sentido, como lo señala Carnelutti⁵⁹, la razón de ser de la cautela es la *litis*, pero sin los efectos de la sentencia, por cuanto ésta es mutable, no implica en sí misma una certeza del derecho o de la relación jurídica, por ello se considera que es accesoria o instrumental al proceso que le da origen y, en consecuencia, no se puede afirmar que su concesión pueda ser entendida como un prejuzgamiento.

Por su parte, el profesor García de Enterría⁶⁰ señala con atino que siempre que se habla de una medida de cautela se está ante un derecho incierto, dado que la certeza solo se adquiere cuando la sentencia queda en firme, lo que implica necesariamente un pronunciamiento, un análisis por parte del juez, sin que ello pueda entenderse como la definición de la *litis*, pues la medida provisoria es mutable y corresponderá a las partes en litigio persuadir al juez de llegar a una decisión diversa en el fallo que es inmutable cuando cobre ejecutoria.

Ese primer juicio, en los términos del artículo 231 del nuevo ordenamiento contencioso administrativo, solo requiere que se sustente la violación de las disposiciones invocadas por parte del demandante y que ésta surja o aparezca después del análisis que de ellas se haga con el acto acusado, por tanto, no se requiere demostrar ni i) un perjuicio irremediable, o ii) que los efectos de la sentencia serian nugatorios de no adoptarse la medida cautelar, ni iii) que para el interés público resultaría más gravoso no adoptar la medida cautelar, presupuestos estos necesarios para la procedencia de las otras medidas de

¹⁰Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2006, entre otras.

⁵⁸ Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento, sobre el particular autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford University Press. México, Primera Serie. Volumen 4. Pág. 244

⁶⁰ GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc.2004. pág. 66.

cautela. En consecuencia, tampoco se exige la prestación de caución, en los términos del artículo 229.

Es por ello que nuevamente debo citar al profesor García de Enterría cuando advierte que la pertinencia técnica de las medidas cautelares se justifica por sí misma, en la exigencia de una tutela efectiva, en la concurrencia de unos determinados requisitos técnicos, examinados **con un rigor austero y sin énfasis**⁶¹.

En otros términos, el juez, al momento de resolver la medida de cautela debe hacer un primer esfuerzo para concretar el objeto de la *litis* y permitir a las partes conocer su raciocinio sobre la vulneración propuesta, lo que les permitirá a aquellas la posibilidad de entrar en el juego dialéctico de convencerlo sobre las razones que tienen para que declare la nulidad o no del respectivo acto.

Por tanto, considero que cuando en ese primer momento el juez hace expresas las razones por las que considera que procede o no la suspensión, tanto la Administración como los ciudadanos podrán dirigir sus esfuerzos argumentativos para lograr convencer al operador que sus reflexiones son equívocas y que, por tanto, las debe variar o mantener. Es decir, el que en la suspensión haga una análisis o examen sobre la vulneración propuesta, garantiza el equilibrio o igualdad de armas entre las partes, pues éstas desde la admisión de la demanda podrán conocer la tendencia del juez, lo que les permitirá adecuar y encauzar su defensa, bien para que mantenga ese primer juicio o lo varié, según el interés en discusión. Esta conducta procesal, en mi criterio, es la que realmente efectiviza una posición garantista e igualitaria dentro del proceso.

Bajo esta concepción, entiendo que la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración puede empezar a desvirtuarse desde la misma admisión de la demanda. Es posible que algunos consideren que aquella debe mantenerse hasta que se dicte el fallo definitivo porque solo en este momento las partes han tenido la posibilidad de controvertir, es decir, de ejercer su derecho de audiencia y defensa.

Así, por ejemplo, el profesor argentino Alvarado Velloso considera en relación con las medidas precautelares en general, que *“cuando actualmente se adelante una pretensión procesal y se omita la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otra mal mayor: el de evitar el proceso como medio de defensa”*. Y agrega. *“Si bien se mira, el problema debe*

⁶¹ GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc.2004. pág. 86.

*tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente pueda perderse... y el que de seguro se perderá (el de defensa en el juicio), debe prevalecer éste, de claro rango en el orden constitucional.*⁶².

Sobre el particular es necesario indicar que, en el caso colombiano, esa crítica no sería aceptable, pues precisamente el legislador estableció una etapa previa al decreto de la cautela en la que el demandado puede pronunciarse. En efecto, el artículo 233 ordena al juez o magistrado competente correr traslado de la solicitud al demandado para que en el término de cinco (5) días se pronuncie sobre la misma. Es decir, sí existe la oportunidad de conocer y fijar una posición antes de que se ordene su decreto.

Para la suspensión provisional que regula el artículo 233 del CPACA, considero que ella no escapa a ese requisito y, en consecuencia, no se puede adoptar sin agotar esa audiencia previa, por lo que la crítica que hace el autor en cita no sería admisible. Pero aun, si esa etapa no se hubiese consagrado, la observación en comento no sería aceptable, precisamente porque el objeto de esa medida es el restablecimiento de la legalidad que puede alterarse por la actuación de la Administración, razón por la que ha de entenderse que la prevalencia del ordenamiento jurídico prima sobre el derecho que pueda aducir la Administración a defender su acto, el que de todas maneras puede ejercer en el proceso.

Es decir, en términos constitucionales la suspensión provisional se impone en aras de garantizar de manera cautelar el principio de sujeción y la observancia de todas las actuaciones del Estado al bloque de legalidad -incluida la Constitución, que es normativa y vinculante-, porque se repite, en un Estado de Derecho material no pueden existir inmunidades frente al ejercicio del poder.

Precisamente por lo expuesto, es que la única excepción a la regla anterior, es decir, que la suspensión se puede adoptar sin la participación del demandado, es en el medio de control de nulidad electoral, consagrado así en el numeral 6 del artículo 277 de CPACA, por cuanto ordena que la decisión de suspensión se adopte con la admisión de la demanda. Lo que no obsta, huelga decirlo, para que de considerarlo necesario y en una integración normativa, en especiales eventos, se puede admitir y hasta exigir la intervención del demandado para su defensa, lo que en principio, en materia electoral, no es teleológicamente necesario.

Considero importante ratificar sí, como lo he venido exponiendo en otras providencias, que en esta primera etapa el juez queda o está limitado en su

⁶² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Las cautelas procesales. Críticas a las medidas precautorias. Colección Textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág. 164.

análisis a la interpretación de la demanda y a las normas que se dicen violadas, como a las pruebas aportadas con aquella. Es decir, el operador judicial no puede al estudiar la procedencia de la medida cautelar, traer para su examen preceptos que no fueron alegados como vulnerados por la parte demandante o pruebas que al momento de la decisión sobre la medida no estaban aportadas e incorporadas al proceso.

Se hace esta afirmación, por cuanto al funcionario no le es dado advertir la violación del ordenamiento frente a disposiciones que no fueron expuestas en la demanda o ejercer su función oficiosa para allegar más elementos de prueba que los aportados. En esta etapa previa, entonces, la actividad del juez se ve limitada por la actuación de quien ejerce la acción, quien es el único dueño del entendimiento, es decir, de la apariencia del buen derecho -*fumus bonis juris*- o la *periculum in mora*.

Lo anterior no significa que el juez administrativo, al examinar la solicitud de suspensión no pueda contra argumentar las razones de aquella, por ejemplo, haciendo un interpretación sistemática con preceptos omitidos en la demanda y/o en la solicitud de suspensión o con otros elementos de juicio a su alcance, que permitan inferir otro tipo de análisis o interpretaciones.

Es decir, el juez al momento de decidir sobre la suspensión está llamado a efectuar una valoración juiciosa del ordenamiento para que la decisión de suspensión no quede al arbitrio de la parte que demanda y explicar así porqué procede o no la medida cautelar. Por tanto, debe indagar, entre otros, en los principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto, porque el carácter normativo y vinculante de la Constitución así se lo impone, en aras de mantener o desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto acusado.

Así, el funcionario judicial en aras de garantizar el bloque de legalidad y, en especial, los derechos de quienes puedan resultar afectados con la decisión de suspensión, está en la obligación, por ejemplo, de consultar la interpretación que sobre las normas que se dicen acusadas ha efectuado el tribunal constitucional y la jurisprudencia sobre casos análogos, a efectos de decidir sobre la medida impetrada.

1.5. El estudio de la solicitud de la medida cautelar en el caso concreto

El auto objeto del presente salvamento de voto puede catalogarse como una de los casos excepcionales en los cuales la Sala, mediante decisión mayoritaria, adelantó un verdadero estudio de fondo para efectos de decretar la medida

cautelar, sin que se haya excusado de realizar el juicio previo de legalidad del acto demandado bajo el argumento de la existencia de un posible prejuizgamiento o de la complejidad del asunto, labor que destaco debido a que guarda consonancia con las consideraciones anteriormente expuestas y la posición que he sostenido en diversos salvamentos y aclaraciones de voto que he suscrito en esta materia, y frente a las cuales se hace indispensable la coherencia de la Sala, adoptando esta posición en todos los casos.

Sin embargo, por las razones que se explicarán a continuación, no comparto los argumentos invocados para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

2. El estudio de la inhabilidad alegada en el caso concreto

Para determinar si el acto acusado era o no violatorio de los artículos 1 de la Ley 1263 de 2008 y 52 de los Estatutos de CARDER, por materializar la segunda reelección del demandado como Director General de CARDER, la Sala debió tener en cuenta la naturaleza de los actos que dieron origen a las designaciones previas del demandado como Director General de CARDER, con base en las pruebas obrantes en el expediente, de las cuales se extrae lo siguiente:

Período Institucional 2007-2011 (primer período): De acuerdo con la parte resolutive del Acuerdo 002 de 7 de febrero de 2011, el Consejo Directivo de CARDER designó al demandado como Director General de la CARDER *“(...) para terminar el período institucional 2007-2011, por los hechos descritos en la parte considerativa.”*

Según las consideraciones de este acto,⁶³ la designación tuvo por objeto suplir la falta absoluta del anterior Director General, razón por la cual el Consejo Directivo de CARDER realizó una convocatoria para designar uno nuevo hasta terminar el período institucional 2007-2011.

La falta absoluta que dio origen a esta designación, según la consideración d) del Acuerdo 002 de 2011, se produjo antes de que se cumpliera el último año del período institucional, razón por la cual ésta fue suplida mediante el procedimiento

⁶³ La consideración c) del Acuerdo 002 de 7 de febrero de 2011 dispone: “C) Que el inciso 2º del Artículo 53 del Acuerdo de Asamblea Corporativa número 005 del 26 de febrero de 2010, consagra la forma de suplir las faltas temporales o absolutas del Director General.”

consagrado en el Decreto 2011 de 2006,⁶⁴ relativo a la designación regular de los Directores Generales de las CAR.⁶⁵

Por último, debe destacarse que con ocasión de esta designación, el demandado ejerció el cargo de Director General de CARDER por un período aproximado de 10 meses.

Período Institucional 2012-2015 (segundo período): El Consejo Directivo designó al demandado como Director General de CARDER, para la totalidad del período institucional 2012-2015, mediante el Acuerdo No. 007 de 27 de junio de 2012.

Período Institucional 2016-2019 (tercer período): El Consejo Directivo designó al demandado como Director General de CARDER, para la totalidad del período institucional 2016-2019, mediante el acto acusado.

Teniendo en cuenta la anterior situación fáctica y el cargo formulado por el demandante, la Sala debió estudiar y seguir el precedente judicial contenido en la sentencia de esta Sección de 20 de marzo de 2014,⁶⁶ sin perjuicio de que éste pudiera ser modificado en la decisión de fondo, como se explicará en el siguiente acápite. En efecto se destaca que a pesar de que éste fue discutido en Sala al momento de adoptar la decisión objeto del presente salvamento de voto, ni siquiera fue mencionado en la providencia aprobada por decisión mayoritaria.

En este precedente, cuyos hechos y problema jurídico son análogos a los actuales, el demandante había solicitado anular la elección de miembros del Consejo Nacional Electoral porque supuestamente habían sido reelegidos en dos ocasiones, a pesar de la prohibición consagrada en el artículo 264 de la Constitución Política, según la cual los miembros de esta Corporación “(...) *podrán ser reelegidos por una sola vez*”.

En las consideraciones de esta sentencia la Sala concluyó que no se había violado la restricción prevista en el artículo 264 Superior porque los demandados, al momento de su tercera elección, no habían ocupado el cargo por más de dos períodos institucionales.

⁶⁴ Si bien este decreto fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Auto de 27 de mayo de 2011, Expediente No. 1177-11, éste se no había perdido su fuerza ejecutoria para el momento en el cual fue expedida el Acuerdo 002 de 7 de febrero de 2011.

⁶⁵ “**ARTÍCULO 53. FALTAS TEMPORALES Y ABSOLUTA DEL DIRECTOR GENERAL.** (...) Cuando se presente falta absoluta del Director General, el Consejo Directivo elegirá un nuevo Director para el tiempo restante del período institucional, de acuerdo con las siguientes reglas:

Si la falta se presenta antes de cumplir el último año del período institucional, la vacante se cubrirá siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 2011 de 2006 o la norma que lo modifique o sustituya. (...)”

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2012-00006-00. Sentencia de 20 de marzo de 2014.

Al respecto afirmó la Sala, sentencia que se cita en extenso debido a su relevancia para el presente caso:

“2.3.3. Caso Concreto

Definido lo anterior, corresponde a la Sala determinar si con la segunda reelección, en últimas, los miembros del CNE tenían la virtualidad de permanecer en sus cargos por más de 8 años en detrimento del artículo 264 constitucional, o si por el contrario, su segunda reelección no desconoció la prohibición a la que se refiere la norma indicada.

Las circunstancias de hecho que resultaron probadas en cuanto a la elección de los demandantes se sintetizan así:

Periodo 2006-2010: El 30 de agosto de 2006 el Congreso de la República eligió a los miembros del Consejo Nacional Electoral, dentro de ellos a los demandados.

Periodo 2010-2014: Los demandados fueron reelegidos por el Congreso de República el 30 de agosto de 2010.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2011, declaró la nulidad de la elección realizada el 30 de agosto de 2010 y determinó que para todos los efectos, los miembros ejercerían el cargo hasta el 15 de diciembre de 2011.

El Congreso de la República, en sesión del 15 de diciembre de 2011, eligió nuevamente a los miembros de esa Corporación, entre ellos, a los demandados pero únicamente para terminar el periodo institucional. Lo anterior, según se desprende de lo dicho por el propio acto acusado.

Tanto es así, que en esa sesión, justamente antes de proceder a la votación para elegir a los miembros del CNE, una de las intervenciones explicó: “que quienes hoy sean elegidos van hasta el primero de septiembre de 2014” .

Es más, incluso habría podido guardarse silencio sobre el punto y la conclusión en cuanto a la duración de su periodo debía ser idéntica, no obstante, como se explicó, cuando la votación tuvo lugar los congresistas cumplieron con su función electoral bajo el entendimiento de que estaban eligiendo a los magistrados para culminar el periodo institucional del CNE.

En suma, los demandados se desempeñaron como miembros del CNE los cuatro años del periodo 2006-2010 (período 1) y aproximadamente un año y cuatro meses, desde su segunda elección -primera reelección- desde el 30 de agosto de 2010 al 15 de diciembre de 2011; lo cual significa que al momento de su tercera elección -segunda reelección- aún no habían ocupado el cargo por más de dos periodos institucionales, es decir, por más de 8 años.

Lo anterior, por cuanto, se reitera, la segunda reelección se realizó con el objeto de que terminaran el período 2010-2014.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que no se configuró la prohibición establecida en el artículo 264 de la Constitución Política por cuanto con la elección demandada no se desconoció la finalidad de la norma Superior indicada como violada, pues su fin es el de restringir la permanencia de cualquier miembro del CNE por más de dos periodos institucionales, situación que no ocurrió en el caso concreto. (Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En el *sub judice* se observan las siguientes similitudes respecto del caso estudiado por la Sala en la sentencia de 20 de marzo de 2014:

En ambos la norma cuya violación fue alegada para solicitar la nulidad de los actos demandados permitía la reelección de los demandados por una sola vez, en términos similares. En el caso de los miembros del Consejo Nacional Electoral, el artículo 264 de la Constitución Política disponía, antes de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015, que “[los] miembros [del Consejo Nacional Electoral] serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y **podrán ser reelegidos por una sola vez**” (subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original). En el presente caso, el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008 dispone que el Director General de la CAR es “(...) designado por el Consejo Directivo para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1o de enero de 2012, y **podrá ser reelegido por una sola vez**” (subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original).

Tanto en el precedente citado como en el *sub judice*, los demandados, antes de su supuesta tercera elección, no habían ocupado el cargo por más de dos períodos institucionales. En el caso de los miembros del Consejo Nacional Electoral, antes del acto enjuiciado, los demandados habían ejercido el cargo: (i) por el período institucional 2006-2010; y, (ii) por un período de un año y cuatro meses en su segunda elección. En el presente caso, antes de la expedición del acto acusado, el demandado había ejercido el cargo: (i) por diez meses, para culminar el período institucional 2007-2011; y, (ii) por el período institucional 2012-2015.

Por último, en los dos casos, las supuestas tres elecciones de los demandados se realizaron a través del procedimiento regular para elegir o designar el cargo. En el precedente del Consejo Nacional Electoral, en las tres ocasiones los demandados fueron elegidos por el Congreso en Pleno de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 264 de la Constitución Política. En el presente caso, el demandado, en las tres ocasiones, fue designado mediante el procedimiento regular para la designación de directores generales de la CAR. En efecto, en el caso de su primera designación, debido a que la falta absoluta del anterior Director

General se produjo antes de que se cumpliera el último año del período institucional, ésta se realizó según el procedimiento regular para la designación de los Directores Generales de las CAR, vigente al momento de la expedición del acto, previsto en el Decreto 2011 de 2006.

Por lo tanto, al decidir la solicitud de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado en el *sub judice*, no podía la Sala, como efectivamente hizo, omitir el citado precedente y modificar tácitamente la regla de derecho allí sentada, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 103 del C.P.A.C.A.

Así mismo, la Sala debió resaltar que el presente caso guarda similitud con la decisión sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado resuelta recientemente en el marco del proceso de nulidad electoral 2015-00049,⁶⁷ en el cual se demandó el acto de designación del actual Director General de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó por infracción del artículo 1 de la Ley 1263 de 2008, dado que aparentemente el demandado había sido elegido en tres ocasiones como Director General de dicho órgano autónomo.

En el referido caso, si bien en el primer período el demandado había sido designado como Director General encargado de CODECHOCÓ, es decir que la primera designación no correspondió a una elección sino a un encargo, situación que difiere del presente caso; en dicho precedente el demandado tampoco había ocupado el cargo por más de dos períodos institucionales con antelación a la expedición del acto demandado que supuestamente permitió su tercera elección, situación que materialmente se asemeja al *sub judice*.

En esa ocasión manifestó la Sala para negar la cautela solicitada por el actor:

“A partir de lo anterior, advierte la Sala que las pruebas allegadas y las normas invocadas en el escrito de demanda para demostrar la supuesta irregularidad de los actos acusados, permiten inferir en esta etapa procesal, contrario sensu de lo señalado por el accionante, que el señor Teófilo Cuesta Borja sólo se ha reeligido en una ocasión.

En efecto, las pruebas aportadas en el libelo demandatorio indican lo siguiente: (i) Mediante Acuerdo No. 003 del 28 de mayo de 2012, el señor Teófilo Cuesta Borja fue designado Director General de CODECHOCÓ en calidad de encargado; (ii) Posteriormente, mediante Acuerdo No. 010 del 22 de noviembre de 2013 fue elegido Director General de CODECHOCÓ para culminar el período institucional que restaba del 2012-2015 y; (iii) Mediante

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11001-03-28-000-2015-00049-00. Auto de 15 de diciembre de 2015.

Acuerdos 007 y 009 del 21 de octubre de 2015 fue elegido nuevamente como Director de CODECHOCÓ para el período institucional del 1º de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019.

*Se colige entonces que la designación del señor Teófilo Cuesta Borja realizada mediante Acuerdo No. 003 del 28 de mayo de 2012, no correspondió a una elección sino a un encargo, por lo que no habría incurrido en la inhabilidad traída a colación por parte del demandante, **pues esta se refiere a aquellos directores que habiendo sido elegidos para un respectivo período institucional, optan por reelegirse por más de una sola vez.**⁶⁸ (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)*

Ahora bien, en relación con este precedente, se resalta que no puede ser la forma como se suple la falta absoluta (encargo o convocatoria pública abierta) lo que permite determinar si hubo o no reelección, sino que esta determinación depende realmente si el demandado ejerció o no el cargo por más de dos períodos institucionales.

De lo contrario, se podría llegar a una contradicción por la cual una persona que ha sido encargada como director general de una CAR por un período cercano un año, porque los estatutos del ente autónomo así lo permitían, pueda ser elegida posteriormente por dos períodos institucionales más; mientras que en el presente caso, debido a que los estatutos de CARDER consagran un mecanismo público, participativo y transparente para suplir las faltas absolutas, la persona que ha sido designada para ocuparla por un período de diez meses, pueda ser elegida únicamente por un período institucional adicional.

Consecuentemente, debido a que en esta etapa procesal estaba demostrado que el demandado no ocupó el cargo de Director General de CARDER por más de dos períodos institucionales antes de la expedición del acto demandado, y con fundamento en los precedentes citados anteriormente, la Sala debió concluir que en el presente caso, por el momento, no existían motivos suficientes para determinar que el acto acusado violó el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, en lo concerniente al mandato según el cual los Directores Generales de las CAR pueden ser reelegidos por una sola vez.

Por último, no comparto la interpretación realizada por la Sala respecto del alcance de la prohibición contenida en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificada por la Ley 1263 de 2008, según la cual “(...) *la restricción por la cual los directores generales de las CAR pueden ser reelegidos por una sola vez comprende tanto los períodos ejercidos con anterioridad al 1º de enero de 2012,*

⁶⁸ *Ibídem.*

como los posteriores. Así que si una persona fue elegida en este cargo en un período anterior a esta fecha, luego del 1º de enero de 2012 sólo podría ser designada para un período más.”

Aceptar esta interpretación le otorga efectos retroactivos a la inhabilidad allí consagrada, dado que afectaría situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que restringió la posibilidad de que los Directores Generales de las CAR puedan ser reelegidos por una sola vez. Por lo tanto, considero que esta prohibición solamente debe cobijar aquellas personas que hubieran ejercido el cargo de Director General, por el período institucional, con posterioridad al 26 de diciembre de 2008, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 1263 de 2008.

En todo caso, independientemente de que fueran o no contabilizados los períodos ejercidos por el demandado antes del 1 de enero de 2012, debido a que éste no había ejercido el cargo de Director General de CARDER por más de dos períodos institucionales antes de la expedición del acto demandado, considero que la medida cautelar deprecada debió ser negada.

3. El carácter vinculante de los precedentes judiciales y los efectos de sus cambios

El concepto de precedente ha sido entendido por esta Sección como aquella regla o subregla de derecho con carácter vinculante proferida por un órgano de cierre en las distintas jurisdicciones al decidir un caso concreto.⁶⁹ Consecuentemente, *“(…) la noción de precedente no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho.”*⁷⁰

Respecto de su origen, la Sala ha señalado que la noción del precedente judicial surge *“(…) a partir de una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, en específico de los principios a la igualdad, la certeza jurídica y la coherencia misma del sistema”*, por la cual *“(…) se ha entendido tanto por la doctrina⁷¹ como por nuestro Tribunal Constitucional⁷² que el juez está atado a sus*

⁶⁹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-15-000-2013-02690-01.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ OTTO DE, Ignacio. *“Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”*. Ariel Derecho. Editorial Ariel. S.A. Barcelona. 1991. Págs 290 y siguientes.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-489 de 2013. La jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente y su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia. En este sentido, mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias; el precedente vertical implica que los

decisiones y en específico al de sus superiores jerárquicos **-precedente vertical-** para fallar casos similares.”⁷³

De manera especial, la Sala realizó las siguientes precisiones sobre la noción del precedente judicial y su carácter vinculante, en la sentencia de 19 de febrero de 2015:⁷⁴

(i) Los conceptos de precedente, doctrina probable y jurisprudencia son distintos y no se pueden confundir:

*“En este orden, se deben precisar los significados de las voces **“jurisprudencia”** y **“precedente”**, esta, última, viene a insertarse en nuestro ordenamiento jurídico a partir de las decisiones de la Corte Constitucional, especialmente.*

*Sobre la primera, se puede señalar que en el derecho romano del que también somos herederos, la **jurisprudencia** era la principal fuente de derecho como lo señala PIERI, según el cual esta no dependía “ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica”⁷⁵*

Cabanellas, en su Diccionario Jurídico, trae dos acepciones del vocablo jurisprudencia que para los efectos de este análisis son relevantes, estas son: “la interpretación de la ley hecha por los jueces y el arte o hábito de interpretar la ley”⁷⁶.

*Normalmente, en los ordenamientos de tradición romano-germánica cuando nos referimos a la jurisprudencia **NO** hacemos referencia a esas acepciones sino a otros de sus significados, los cuales están asociados más al **“conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho o la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de los que conoce.”⁷⁷** (negrilla fuera de texto).*

*Precisamente, en esta último significado, nuestro legislador se fundamentó para construir el concepto de **doctrina probable** y sobre el cual algunos autores como el doctor **MONROY CABRA** hacen su descripción del concepto de jurisprudencia, como **“el conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, que implica la existencia de una serie de principios y doctrinas o normas generales que se han deducido de la repetición uniforme de los fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares”⁷⁸** (negrilla fuera de texto).*

jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente por las altas cortes.

⁷³ Supra cit. nota 44.

⁷⁴ Supra cit. nota 44.

⁷⁵ PIERI, G. *Jus et Jurisprudencia*, citado por Calvo Vidal Felix, *La Jurisprudencia ¿fuente del Derecho?*, Editorial Lex Nova 2000

⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 27ª Edición. Editorial Heliasta.2001 Pág.55.

⁷⁷ Ob cit.

⁷⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*, 2ª. Edición. Editorial Temis. Bogotá 1973.

En ese orden, el concepto de jurisprudencia se ha asimilado al de la doctrina probable, concepto que en nuestro ordenamiento vino a reemplazar el de la doctrina legal⁷⁹.

La doctrina probable fue entendida como un número mínimo de decisiones dictadas por un mismo juez dotado, en la mayoría de los casos, de la más alta jerarquía dentro del sistema judicial, que le permiten a los jueces de otras categorías y a los ciudadanos destinatario de aquellas, saber que un caso similar podrá ser resuelto bajo la misma línea interpretativa con la cual se han definido litigios semejantes, en razón a que el mismo punto de derecho se está debatiendo.

(...)

*Bajo este entendimiento, el concepto de **jurisprudencia** o doctrina probable se asoció al **quantum**, es decir, a las veces en las que el juez supremo, por lo general colegiado, de mayor jerarquía⁸⁰ y, por tanto, órgano de cierre, ha mantenido una misma exégesis frente a la forma como debe entenderse o aplicarse una determinada norma o cómo debe resolverse un caso.*

*El concepto de jurisprudencia se fundamentó así, en el **número o conjunto de decisiones**, que ratificaban una la línea argumental, a partir de una que originó la interpretación. Por tanto, la jurisprudencia no la constituía una sola decisión o fallo.*

*Igualmente, ese **conjunto** de decisiones no podía **provenir de cualquier juez** sino de aquel que en la pirámide jerárquica ocupaba la mayor posición y que, por su naturaleza y funciones, es decir, ser el órgano de cierre y/o órgano de casación, de unificación, tenía la capacidad de **orientar** la actividad interpretativa de los demás jueces.*

*En consecuencia, el término **jurisprudencia**, además de estar asimilado a la llamada **doctrina probable**, en cuanto al **número o conjunto de decisiones uniformes**, también se reserva para las providencias generadas solo por las **Altas Corte u órganos de cierre en la jurisdicción**.*

*Ese concepto y entendimiento de la jurisprudencia no puede ser asimilado ni confundido con el llamado **precedente** (...)"*

(ii) El precedente es entendido como la regla o subregla de derecho contenida en la *ratio decidendi* de la decisión de un caso concreto.

(iii) El precedente judicial, como regla o subregla de derecho de carácter vinculante, sólo se puede originar en las Altas Cortes:

⁷⁹ En España, por ejemplo, el artículo 1642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra entre las causales del recurso de casación la infracción de la ley o de la doctrina legal. En nuestro ordenamiento la legislación siempre se refirió a la doctrina legal y al igual que en España, de donde copiamos nuestras codificaciones y se consagró como causal de anulabilidad de los fallos, el hecho de ser contrarios a ella. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 157 de 1887 señaló que "En casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable" y esta la definió como tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho. Norma que fue sustituida por el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 según el cual Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces **podrán** aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores"

⁸⁰ Es importante señalar que en algunos casos, son los Tribunales del Distrito Judicial los que se convierten en el órgano de cierre y, en consecuencia, sus decisiones también pueden ser consideradas jurisprudencia en la acepción que se viene manejando en este apartado.

“Ahora bien, surge la pregunta si todos los jueces, sin importar su nivel jerárquico, tienen la capacidad de crear precedentes.

La respuesta para la Sala de Sección es negativa, pues ha de entenderse que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria⁸¹.

En ese sentido, si bien los jueces de inferior jerarquía al ejercer su función deben hacer interpretaciones que hagan compatible su decisión con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución en razón del carácter normativo y vinculante de esta, ello no significa que estos, como sí sucede con los Altos Tribunales, tengan la facultad para crear interpretaciones vinculantes -sub reglas- que tengan la vocación de integrar el orden jurídico junto a la ley -en sentido formal-, es decir, normas en sentido material que, por tanto, generen el deber de garantizar su aplicación uniforme a efectos de preservar el principio de igualdad, garantizar la certeza -fin del derecho- y la seguridad jurídica, que permitan, por demás, mantener la coherencia en el ordenamiento.

*En otros términos, **el precedente es obligatorio** porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación.*

El carácter vinculante de estas reglas o subreglas de derecho, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez; las funciones asignadas a este por la norma superior y, por supuesto, en la salvaguardia de los principios a la igualdad y la seguridad jurídica, así como en la coherencia del ordenamiento jurídico⁸², pues no se puede aceptar que en aplicación de los principios de autonomía e independencia, se desconozca el carácter sistemático del texto constitucional que obliga a ponderar los principios en tensión, en donde la igualdad material y la certeza jurídica, cobran relevancia.

(...)

A partir de lo expuesto, cabe preguntarse ¿es posible hablar de precedente horizontal?

*Para responder este interrogante, debe precisarse que, con la introducción del concepto de precedente en nuestra tradición y su ajuste en un sistema legislado, pues no todos los jueces pueden generar este, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, no es posible hablar de precedente horizontal, por cuanto, se repite, el **precedente solo se puede originar en las Altas Cortes.***

⁸¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 2012. En este fallo expresamente se indica que: “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, **adquiere carácter vinculante**”

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335 de 2008.

En ese sentido, los juzgados y tribunales tienen el deber de aplicar la regla creada por el órgano de cierre, pero sus fallos, al carecer del carácter vinculante que antes fue explicitado, no obligan a sus pares o a quienes se encuentran en un nivel jerárquico inferior.

En estos casos, es importante advertir que estos no podrán crear reglas de carácter vinculante, no solo porque su competencia está circunscrita estrictamente al territorio en donde tienen jurisdicción, sino porque la función de unificación solo compete al órgano de cierre.

Es por ello que en aquellos eventos en donde estos actúan como juez de segunda instancia, por ejemplo, se reconoció expresa competencia al Consejo de Estado, Sala Plena, para solicitar el envío de los procesos que se encuentren para fallo, a efectos de unificar la diversidad de criterios que puedan existir entre los diferentes tribunales, artículo 111, numeral 4 del CPACA.

En consecuencia, no se puede hablar de precedente horizontal frente a jueces y tribunales, pues estos no tienen la facultad de crear una regla vinculante.

*Cuestión diversa es que el juez, ya sea individual o colegiado, esté obligado a seguir sus propias decisiones, cuando le corresponda decidir casos con supuestos fácticos y jurídicos similares a otros que ya ha fallado, no porque estas se consideren precedente –reglas o subreglas de derecho-, sino para garantizar los principios a la igualdad y a la confianza legítima de quienes acuden a la administración de justicia y esperan que su conflicto se defina en la misma forma o bajo el mismo raciocinio que empleó **ese juez** en casos anteriores.*

En estos eventos, se garantizan esos principios cuando el juez motiva su decisión y hace explícitas las razones por las cuales no puede fallar la situación puesta a su conocimiento bajo los parámetros utilizados por él en un caso anterior, bien porque existe algún elemento que le impide arribar a la misma decisión o porque opta por rectificar su criterio.⁸³

(iv) En atención al carácter vinculante del precedente judicial: (i) cualquier juez puede apartarse de la regla o subregla de derecho creada en éste porque el caso nuevo puede ser distinguido de aquel en el cual está contenida la regla o subregla de derecho (*distinguish* o técnica de la distinción); o, (ii) solamente los órganos de cierre que dieron origen al precedente pueden cambiar, modificar o sustituir la regla o subregla de derecho sentada en éste (*overruling* o modificación del precedente):

*“Cabe destacar lo dicho por **BERNAL PULIDO**⁸⁴ quien afirma que cuando no es posible la aplicación de la ratio a los supuestos de hecho de otro*

⁸³ Supra cit. nota 44.

⁸⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Precedente en Colombia*. En *Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Escritos de Derechos Constitucional y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Págs. 153 a 165.

caso, el juez debe apartarse de la **ratio** y **crear** una nueva para la situación en análisis. Así, cuando el fallador establece distinciones entre uno y otro evento, se habla del **distinguish** o de la técnica de la distinción⁸⁵.

Igualmente, puede suceder que el funcionario judicial al que le corresponde conocer del nuevo caso, opte por cambiar o modificar el criterio empleado en el caso anterior, porque considera que exista una mejor interpretación, o porque la anterior debe ajustarla al contexto, etc., lo que se conoce como el **overruling**.

En el primer supuesto, **-distinguish-**, no es que se deje de lado la regla de derecho que se empleó o utilizó en el caso anterior sino que por no adecuarse completamente a los supuestos del nuevo proceso que se va a fallar, se genera una nueva subregla para los supuestos de hecho o derecho en examen, sin que ello signifique que la ratio anterior se vuelva a emplear en un evento que se adecue de manera integral, fáctica y normativa a aquel que le dio origen.

En el segundo evento, **overruling**, sí existe un cambio, modificación o sustitución de la subregla, pues esta se corrige o se deja de lado, se sustituye por una nueva.⁸⁶

Como se observa de las anteriores precisiones realizadas por la Sala en la sentencia de 19 de febrero de 2015, la teoría del carácter vinculante del precedente judicial no impide a las Altas Cortes modificar o apartarse de sus propios precedentes judiciales, para lo cual se debe cumplir una carga especial de argumentación que materialice el principio de transparencia plasmado en el artículo 103 del C.P.A.C.A., según el cual "(...) [e]n virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga."

Consecuentemente, como primera conclusión, destaco que los precedentes judiciales tienen un carácter vinculante, razón por la cual únicamente quienes los ha creado, es decir los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, pueden modificarlos bajo el cumplimiento de una carga especial de motivación razonable y suficiente, que en caso de no ser satisfecha puede generar un defecto sustancial en la providencia atacable por vía de acción de tutela.

Realizadas las anteriores precisiones, nos debemos preguntar ¿cuál debe ser el efecto de la modificación de los precedentes judiciales?

⁸⁵ FALCON Y TELLA, María José. *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Editorial Marcial Pons. 2010. Pág 46."En virtud de la aplicación de esta técnica se opera sobre el caso concreto, permitiendo al juez apreciar elementos particulares que no existían exactamente, o que se habían pasado por alto en situaciones análogas resultas con anterioridad, introduciendo soluciones nuevas y eludiendo la rigidez, el inmovilismo y la falta de fuerza expansiva del Derecho."

⁸⁶ Supra cit. nota 44.

Cuando se cumple debidamente la carga de motivación suficiente y razonable para modificar un precedente, en los países con una tradición jurídica basada en el *common law*, se ha discutido ampliamente sobre los efectos que debe tener este cambio.

Por un lado, existe la postura según la cual los cambios de precedente deben regir hacia futuro, bajo la técnica denominada como el *prospective overruling*, la cual fue inicialmente abordada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el fallo *Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co.*,⁸⁷ en el que concluyó que en el sistema federal norteamericano los Estados tienen la libertad de definir si los cambios de precedentes judiciales rigen hacia futuro o si pueden tener efectos retroactivos que afecten la controversia en la cual se adopta dicha modificación.⁸⁸ Esta postura parte de concebir la regla de derecho sentada en el precedente como una ley en sentido material, razón por la cual sus modificaciones sólo pueden regir hacia futuro.

Por otro lado, ha existido la postura según la cual los cambios de precedentes judiciales deben tener efectos retroactivos y, por lo tanto, cobijar controversias originadas en hechos anteriores a la modificación de precedente, como el mismo caso en el cual ésta es adoptada. Esta postura está fundada en que el principio de la irretroactividad de la ley no puede impedir al juez modificar una regla de derecho creada por vía de precedente que resulta injusta al ser aplicada al caso concreto.⁸⁹

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 287 U.S. 353, 366 (1932).

⁸⁸ "We think the Federal Constitution has no voice upon the subject. A state, in defining the limits of adherence to precedent, may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward. It may say that decisions of its highest court, though later overruled, are law nonetheless for intermediate transactions. Indeed, there are cases intimating, too broadly (cf. *Tidal Oil Co. v. Flanagan*, supra), that it must give them that effect; but never has doubt been expressed that it may so treat them if it pleases, whenever injustice or hardship will thereby be averted. *Gelpcke v. Dubuque*, 1 Wall. 175; *Douglass v. County of Pike*, 101 U. S. 677, 101 U. S. 687; *Loeb v. Columbia Township Trustees*, 179 U. S. 472, 179 U. S. 492; *Harris v. Jex*, 55 N.Y. 421; *Menges v. Dentler*, 33 Pa. 495, 499; *Commonwealth v. Fidelity & Columbia Trust Co.*, 185 Ky. 300, 215 S.W. 42; *Mason v. Cotton Co.*, 148 N.C. 492, 510, 62 S.E. 625; *Hoven v. McCarthy Bros. Co.*, 163 Minn. 339, 204 N.W. 29; *Farrior v. New England Mortgage Security Co.*, 92 Ala. 176, 9 So. 532; *Falconer v. Simmons*, 51 W.Va. 172, 41 S.E. 193. On the other hand, it may hold to the ancient dogma that the law declared by its courts had a Platonic or ideal existence before the act of declaration, in which event the discredited declaration will be viewed as if it had never been, and the reconsidered declaration as law from the beginning. *Tidal Oil Co. v. Flanagan*, supra; *Fleming v. Fleming*, supra; *Central Land Co. v. Laidley*, 159 U. S. 103, 159 U. S. 112; see, however, *Montana Bank v. Yellowstone County*, supra. The alternative is the same whether the subject of the new decision is common law (*Tidal Oil Co. v. Flanagan*, supra) or statute. *Gelpcke v. Dubuque*, supra; *Fleming v. Fleming*, supra. The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts. The State of Montana has told us by the voice of her highest court that, with these alternative methods open to her, her preference is for the first. In making this choice, she is declaring common law for those within her borders. The common law as administered by her judges ascribes to the decisions of her highest court a power to bind and loose that is unextinguished, for intermediate transactions, by a decision overruling them. As applied to such transactions, we may say of the earlier decision that it has not been overruled at all. It has been translated into a judgment of affirmance and recognized as law anew.

Accompanying the recognition is a prophecy, which may or may not be realized in conduct, that transactions arising in the future will be governed by a different rule. If this is the common law doctrine of adherence to precedent as understood and enforced by the courts of Montana, we are not at liberty, for anything contained in the Constitution of the United States, to thrust upon those courts a different conception either of the binding force of precedent or of the meaning of the judicial process."

⁸⁹ Ver Eduardo Soderó, "Sobre el cambio de los precedentes".

Con ocasión de estas posturas diversas, en los Estados Unidos han sido adoptados distintas clases de test para determinar en cada situación si el cambio de precedente debe tener efectos hacia futuro o si éste puede tener efectos retroactivos extendidos a la misma controversia con ocasión de la cual el precedente es modificado.

Por ejemplo, en el fallo *Chevron Oil Co. v. Huson*⁹⁰ la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se ocupó de definir si un cambio de precedente judicial adoptado en otra providencia, relativo al término de caducidad de la acción judicial para obtener la reparación de perjuicios extracontractuales, podía o no ser aplicado en un proceso que había iniciado con posterioridad a la decisión judicial en la que se modificó la respectiva regla de derecho.

Para ello, usó el siguiente test compuesto de tres factores: (i) la decisión judicial que no puede ser aplicada retroactivamente debe establecer un nuevo principio de derecho, ya sea porque modifica un claro precedente judicial en el cual los litigantes pudieron haber confiado o ya sea porque resolvió un caso de primera impresión cuya resolución no podía ser previsible para las partes; (ii) se deben sopesar los méritos y deméritos del cambio de precedente mediante el estudio de los antecedentes de la regla de derecho en cuestión, sus propósitos y efectos, para determinar si su aplicación retroactiva propenderá o retardará su operación; y, (iii) por último, se debe estudiar si la aplicación retroactiva del cambio de precedente puede producir efectos sustancialmente inequitativos.⁹¹

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 404 U.S. 97 (1971).

⁹¹ "Although we hold that Louisiana's one-year statute of limitations must be applied under the *Lands Act* as interpreted in *Rodrigue*, we do not blind ourselves to the fact that this is, in relevant respect, a pre-*Rodrigue* case. The respondent's injury occurred more than three years before the announcement of our decision in *Rodrigue*. He instituted the present lawsuit more than one year before *Rodrigue*. Yet, if the Louisiana statute of limitations controls in this case, his action was time-barred more than two years before *Rodrigue*. In these circumstances, we must consider the respondent's argument that the state statute of limitations should be given nonretroactive application under *Rodrigue*.

In recent years, the nonretroactive application of judicial decisions has been most conspicuously considered in the area of the criminal process. E.g., *Mackey v. United States*, 401 U. S. 667; *Hill v. California*, 401 U. S. 797; *Desist v. United States*, 394 U. S. 244; *Linkletter v. Walker*, 381 U. S. 618. But the problem is by no means limited to that area. The earliest instances of nonretroactivity in the decisions of this Court -- more than a century ago -- came in cases of nonconstitutional, noncriminal state law. E.g., 68 U. S. *City of Dubuque*, 1 Wall. 175; *Havemeyer v. Iowa County*, 3 Wall. 294; *Railroad Co. v. McClure*, 10 Wall. 511. [Footnote 9] It was in a noncriminal case that we first held that a state court may apply its decisions prospectively. *Great Northern R. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U. S. 358. And, in the last few decades, we have recognized the doctrine of nonretroactivity outside the criminal area many times, in both constitutional and nonconstitutional cases. *Cipriano v. City of Houma*, 395 U. S. 701; *Allen v. State Board of Elections*, 393 U. S. 544; *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U. S. 481; *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U. S. 13; *England v. State Board of Medical Examiners*, 375 U. S. 411; *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371.

In our cases dealing with the nonretroactivity question, we have generally considered three separate factors. First, the decision to be applied nonretroactively must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedent on which litigants may have relied, see, e.g., *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, *supra*, at 392 U. S. 496, or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed, see, e.g., *Allen v. State Board of Elections*, *supra*, at 393 U. S. 572. Second, it has been stressed that "we must . . . weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation." *Linkletter v. Walker*, *supra*, at 381 U. S. 629. Finally, we have weighed the inequity imposed by retroactive application, for "[w]here a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the 'injustice or hardship' by a holding of nonretroactivity"

Ahora bien, es apenas natural que los efectos del cambio de precedente judicial deban ser estudiados caso a caso, para efectos de ponderar la obligación del juez de impartir justicia en el caso concreto y la necesidad de no lesionar la confianza legítima de quienes acuden a la administración de justicia para obtener la resolución de sus controversias.

Por tal razón, resulta aceptable que en materia de interpretación de normas jurídicas de carácter sancionatorio o penal, en las cuales prima el principio de legalidad, los cambios de precedentes deban tener un efecto hacia futuro; mientras que en controversias relativas a la afectación de derechos fundamentales, como por ejemplo en discusiones sobre casos de discriminación racial o de adopción de hijos por parejas del mismo sexo, el cambio de precedente pueda tener un efecto retroactivo, con el propósito de poner fin a la lesión de derechos fundamentales originada en un decisión judicial errónea.

Esta Sección ha tenido la oportunidad de precisar en dos ocasiones los efectos de los cambios de precedentes judiciales. En una primera ocasión, en el expediente 2011-00775, al analizar la aplicabilidad del régimen de la doble militancia previsto en la Ley 1475 de 2011;⁹² y, en una segunda ocasión, en los expedientes 2014-00034 y 2014-00026 acumulados, en la cual se estudió el factor temporal de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.⁹³ En ambos casos, la Sala concluyó que el cambio de precedente adoptado en dichas decisiones no podía ser aplicado en el caso concreto, en aras de garantizar la confianza legítima de los ciudadanos. Al respecto se manifestó lo siguiente en la providencia de 26 de marzo de 2015:

“Sabido es que, el principio de confianza legítima brinda “protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado”⁹⁴.

La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa se ha valido del principio de confianza legítima para proteger los derechos fundamentales de los administrados entendiéndolo como un principio que, a pesar de ser derivado de otros, adquiere una “identidad propia en virtud de las propias reglas que se imponen en la relación entre administración y

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 250002331000201100775-02. Sentencia de 12 de septiembre de 2013.

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00034-00 y 11001-03-28-000-2014-00026-00 (Acumulados). Sentencia de 26 de marzo de 2015.

⁹⁴ VALBUENA HÉRNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Pág. 465.

administrado⁹⁵, por lo que la confianza en el Estado no es sólo deseable, sino también jurídicamente exigible.

En este sentido, es posible que el Estado cree expectativas y las defraude en sede administrativa, legislativa o judicial, generándose así su responsabilidad y el correlativo deber de repararlo, en virtud de lo consagrado por el artículo 90 de la Constitución Política.

Importa a nuestro análisis la creación de expectativas por parte del Estado- Juez. Bajo esta óptica, se considera que las autoridades judiciales pueden llegar a defraudar la confianza legítima de sus administrados y causar ciertos daños antijurídicos que deben repararse, aun cuando no medie en la decisión el dolo o la culpa del juzgador.

La defraudación de la confianza legítima por parte del juez se genera cuando “el administrado tiene razones plausibles para confiar en la estabilidad de las interpretaciones y discernimientos plasmados en forma repetida e insistente en las decisiones judiciales, las cuales tiene la connotación de ‘precedentes judiciales’ y constituyen fuentes creadoras del derecho”⁹⁶.

En este orden ideas, **los ciudadanos tienen derecho a que se protejan sus expectativas legítimas frente a la interpretación y aplicación razonable, consistente y uniforme de la ley por parte de los jueces, sin que aquello implique que se le exija al juez autónomo e independiente que falle de igual forma como su homólogo; simplemente consiste en que en aquellos casos en los que el fallador pretenda alejarse de la línea jurisprudencial, debe motivar su sentencia y ésta se debe ajustar a derecho**⁹⁷.

El apartamiento de los precedentes jurisprudenciales debe encontrarse debidamente sustentado en una motivación razonable y suficiente, capaz de explicar el abandono de posturas y doctrinas seguidas por el propio órgano judicial en el pasado, pues es claro que **el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional**. Más aun cuando en nuestro actual sistema de fuentes la jurisprudencia “puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva”⁹⁸.

Es menester y oportuno entonces advertir cómo en la práctica la invocación de precedentes jurisprudenciales se ha vuelto cada vez más frecuente y

⁹⁵ Ver sentencia SU – 601 de 1999 MP Vladimiro Naranjo.

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ Corte constitucional. Sentencia T-321 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Aclaración de Voto del Consejero, Alberto Yepes Barreiro, Radicación Número: Ap 170013331003201000205-01, Accionante: Javier Elias Arias Idarraga.

cotidiana por parte de los jueces⁹⁹, lo cual permite predicar que la doctrina del precedente judicial, así configurada, ha venido conquistando más espacios en nuestro derecho interno, pues la reiteración y la observancia de criterios ya definidos en el pretérito en asuntos de naturaleza similar y que han llegado a conformar una línea jurisprudencial estable, decantada y definida, son consideradas como condiciones de racionalidad, validez y coherencia de las decisiones judiciales.

Resulta indiscutible, por lo tanto, que el precedente judicial juega un importante papel argumentativo y persuasivo en el derecho colombiano, en tanto es la regla, o subregla, de derecho empleada para fallar unos determinados supuestos de hecho y/o de derecho puestos en conocimiento de un juez. El precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación¹⁰⁰.

El carácter vinculante de estas reglas o subreglas de derecho, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez; las funciones asignadas a este por la norma superior y, por supuesto, en la salvaguardia de los principios a la igualdad y a la seguridad jurídica, así como en la coherencia del ordenamiento jurídico¹⁰¹, pues no se puede aceptar que en aplicación de los principios de autonomía e independencia, se desconozca el carácter sistemático del texto constitucional que obliga a ponderar los principios en tensión, en donde, la igualdad material y la certeza jurídica, cobran relevancia¹⁰².

*Entonces, **cuando la autoridad judicial opta por cambiar o rectificar el precedente y los criterios que lo fundamentan con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto, debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste, de modo que no sorprenda al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura**, (Por ejemplo, una forma de adaptación está contemplada en los fallos de tipo académico) con violación al principio y fin funcional del derecho de otorgar certeza y seguridad jurídica¹⁰³.*

En tales condiciones, el método de interpretación resulta relevante, en la medida en que deberá consultar inexcusablemente las disposiciones constitucionales. Es decir, la tesis jurídica que remplace a otra, para que no lesione el principio de confianza legítima, debe ser respetuosa de las

⁹⁹ Sobre el punto se pueden consultar las providencias: i) Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de Tutela de 19 de febrero de 2015, Rad. 2013-2690-01, Accionante: Joselín Flórez Peña, Accionado: Tribunal Administrativo del Huila y Otro y ii) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 26 de marzo de 2015, Rad. 2014-03886-00 PI, Accionante: Ricardo Antonio Martínez Hernández, Demandado: Juan Carlos Rivera Peña.

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 26 de marzo de 2015, Rad. 2014-03886-00 PI, Accionante: Ricardo Antonio Martínez Hernández, Demandado: Juan Carlos Rivera Peña.

¹⁰¹ Corte Constitucional Sentencia C 335 de 2008.

¹⁰² ¹⁰² Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 26 de marzo de 2015, Rad. 2014-03886-00 PI, Accionante: Ricardo Antonio Martínez Hernández, Demandado: Juan Carlos Rivera Peña.

¹⁰³ Recordemos que en los términos del Profesor L. Recasens Siches el derecho no tiene finalidades concretas o particulares, sino que implica ideas de finalidades funcionales, las cuales son plenamente universales. Así, el autor indica que aquellas son: a) **otorgar certeza y seguridad**; b) resolver los conflictos de intereses; y c) organizar, legitimar y restringir del poder político. Sobre el tema Cfr. Luis Recasens Siches, "Tratado General de Filosofía del Derecho", (México: Porrúa, 5ª Edición, 1975) p. 224.

*normas superiores pertinentes.*¹⁰⁴(Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Entrando al estudio del caso concreto, como se explicó en el anterior acápite, la Sección sentó en la sentencia de 20 de marzo de 2014 una regla de derecho de acuerdo con la cual en los cargos con período institucional se entiende que una persona ha sido reelegida por segunda vez solo cuando de manera previa ha ocupado el cargo por más de dos períodos institucionales, la cual debía ser aplicada en el *sub judice* por las similitudes de hechos y problemas jurídicos entre dicho caso y el actual.

Es importante destacar que a través de esta regla de derecho fue interpretado el alcance de una inhabilidad, por la cual no podrá ser elegido en un cargo quien lo haya ejercido previamente por más de dos períodos institucionales. Debido a la naturaleza de esta norma, cualquier cambio de precedente en esta materia, según lo expuesto, debería tener un efecto hacia futuro y no cobijar el caso en el cual es adoptada la modificación, dado que resulta inequitativo que las modificaciones al régimen de inhabilidades en el ejercicio de cargos públicos puedan tener efectos retroactivos.

En efecto, en el *sub judice*, existía una confianza legítima entre las personas que participaron en el procedimiento de elección del Director General de CARDER, y en especial en el demandado, respecto de la aplicabilidad de la regla de derecho sentada por esta Sección en la sentencia de 20 de marzo de 2014, la cual no puede ser defraudada de manera sorpresiva mediante la adopción de un cambio de precedente al momento del estudio de la solicitud de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, máxime cuando el juez, para efectos de dictar la medida cautelar, debe realizar el estudio de la violación de las disposiciones invocadas en la demanda con base en las normas y reglas de derecho vigentes al momento de la expedición del acto demandado.

Por tal razón, con sumo respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala adoptada en la providencia objeto del presente salvamento de voto en la cual, al ignorarse el precedente sentado en la sentencia de 20 de marzo de 2014, se modificó tácitamente y con efectos retroactivos la regla de derecho allí plasmada.

Fecha ut supra,

¹⁰⁴ Supra cit. nota 68.

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero