

ACCION ELECTORAL - Suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar / SUSPENSION PROVISIONAL - Acto de elección de magistrado del Consejo Superior de la Judicatura / SUSPENSION PROVISIONAL - Debe ser evidente al momento de decidir la admisión de la demanda

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias del artículo 162 del CPACA., pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, no acumula causales objetivas y subjetivas de nulidad, narra los hechos que las fundamentan, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, solicita y anexa pruebas, suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y anexa copia de los actos acusados de elección y confirmación. En el contexto del control judicial de los actos administrativos, el juez puede suspender provisionalmente sus efectos desde el inicio del proceso. Por la necesidad de poseer extremos normativos y argumentativos concretos que ab initio permitan el estudio y análisis de la solicitud, que la Sala considera que el artículo 231 del CPACA, no releva al actor del deber de suministrar al juez los elementos probatorios y argumentativos necesarios para decidir sobre la prosperidad de la medida y que por el contrario, el carácter rogado de la solicitud se mantiene. Si bien la solicitud de suspensión provisional del acto de elección del demandado como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, cuenta con la debida sustentación por parte de los actores, la violación normativa que plantean no surge ni se hace evidente en este momento procesal. Primero, porque la norma constitucional, al igual que la estatutaria invocadas como violadas por la parte demandante, estas son, las contenidas en los artículos 126 Constitucional y 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en principio aluden a los parientes de quien intervino en su nominación. Por ende, es en el fallo donde habrá de definirse si las referidas prohibiciones cobijan también al nominador, como lo afirman los demandantes. Segundo, porque como los medios de convicción aportados, estos son, (i) las actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que fue elegido y confirmado el demandado, así como las certificaciones de asistencia a dichas sesiones y (ii) las actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que fueron elegidos los magistrados que intervinieron en las sesiones de elección y confirmación de Ricaurte Gómez, tienen la finalidad de probar que los que hoy fungieron como electores del Dr. Ricaurte, fueron a su vez, elegidos por éste, de manera que su efecto jurídico sigue la misma suerte de la interpretación que la Sala adopte frente a las normas indicadas como violadas. En suma, la medida cautelar será negada porque para verificar la juridicidad del acto acusado es preciso que la Sala, en el estudio profundo propio de la sentencia determine: i) si la finalidad de las normas indicadas como violadas es la entendida por la parte actora, ii) cual es la incidencia, en el sub judice, de la aplicación de los principios de interpretación restrictiva, confianza legítima y “pro homine” y, iii) si la interpretación que el Consejo de Estado ha efectuado frente a otras inhabilidades, como la del numeral 5 del artículo 179, puede, válidamente, ser trasladada respecto de la prohibición que se estudia en este caso concreto.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 162

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00007-00

Actor: CECILIA OROZCO TASCÓN Y OTROS

Demandado: MAGISTRADO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda electoral contra la elección del demandado como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la solicitud de suspensión provisional de esa elección.

I. ANTECEDENTES

1) La demanda

Doce ciudadanos instauraron una misma demanda electoral contra Francisco Javier Ricaurte Gómez, hoy magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, elegido por la Corte Suprema de Justicia en sesión de 12 de noviembre de 2012 y, posteriormente, confirmado por dicha Corporación el 19 de noviembre del mismo año.

Los actores sostienen que al elegir al demandado, la Corte Suprema de Justicia violó los artículos 126 Constitucional y 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, toda vez que los electores de Ricaurte Gómez fueron a su vez elegidos por el mismo, otrora, como magistrados de la referida corporación en la época en la que también él era miembro de la misma.

Las normas indicadas como violadas por los demandantes disponen:

Constitución Política. Artículo 126. *Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. **Tampoco***

podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Artículo 53. ELECCION DE MAGISTRADOS Y CONSEJEROS. *Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado proveer las vacantes que se presenten en la respectiva Corporación, de listas superiores a cinco (5) candidatos, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Estos Magistrados no son reelegibles y tomarán posesión ante el Presidente de la República.*

Con el objeto de elaborar las listas a que se refiere este artículo, el Consejo Superior de la Judicatura invitará a todos los abogados que reúnan los requisitos y que aspiren a ser Magistrados, para que presenten su hoja de vida y acrediten las calidades mínimas requeridas, Al definir la lista, el Consejo Superior de la Judicatura deberá indicar y explicar las razones por las cuales se incluyen los nombres de los aspirantes que aparecen en ella.

El Magistrado que deba ser reemplazado por destitución estará inhabilitado para participar en la elección de su sucesor y en la de cualquier otro integrante de la Corporación que por el mismo tiempo se encuentre en la misma situación.

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales, los Jueces y los Fiscales, no podrán nombrar a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Así mismo, los citados funcionarios, una vez elegidos o nombrados, no podrán nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con los servidores públicos competentes que hayan intervenido en su postulación o designación.

PARAGRAFO 1o. La provisión transitoria de las vacantes se hará directamente por cada Corporación o Tribunal y no podrá exceder, en ningún caso, de tres meses.

PARAGRAFO 2o. Los funcionarios públicos en cuya postulación o designación intervinieron funcionarios de la Rama Judicial, no podrán designar a personas con las cuales los postulantes o nominadores tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Constituye causal de mala conducta la violación a ésta disposición.

Para los demandantes, el hecho de que se prohíba a un magistrado de Alta Corte nombrar a los padres, hermanos, hijos o sobrinos de un magistrado de la misma Corporación que intervino en su propia elección, supone la prohibición de elegir a su elector, *“dicho en otros términos, si se prohíbe nombrar al hijo del elector, con mayor razón se prohíbe nombrar al padre”*¹

Para respaldar su posición hermenéutica indican que tal interpretación ya ha sido avalada y adoptada por el Consejo de Estado cuando se estudió la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política de conformidad con la cual *“quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco **en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política**”*.

Así, citan algunas sentencias en las que el Consejo de Estado ha admitido, refiriéndose a la inhabilidad antes mencionada, que debe entenderse que en la misma se cobijan también los grados primero y segundo de consanguinidad, sin que pueda afirmarse que al hacerlo se esté frente a una interpretación extensiva, básicamente, por dos argumentos: (i) porque es la interpretación lógica de la norma y, además, (ii) porque la expresión “en” es comprensiva de forma que cobija los grados primero y segundo, pero no, el cuarto o quinto.

En suma, encuentran que el acto de elección está viciado por cuanto los electores fueron, en su momento, elegidos por el hoy demandado.

Para corroborar su dicho, aportan copia auténtica expedida por la Secretaría General de: (i) actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que fue elegido y confirmado el demandado, así como las certificaciones de asistencia a dichas sesiones y (ii) actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que fueron elegidos los magistrados que intervinieron en las sesiones de elección y confirmación de Ricaurte Gómez, con excepción de la del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández.

2) Solicitud de suspensión provisional

Esta solicitud fue formulada como un capítulo de la demanda y tiene respaldo en la transgresión de las normas precitadas.

Los actores insisten en lo dicho en el concepto de la violación, en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia incurrió en una prohibición constitucional y estatutaria que *“le impedían elegir a quien en los últimos 7 años intervino en la elección de 15 de los 16 magistrados que en Sala Plena votaron favorablemente el nombramiento del doctor RICAURTE GOMEZ como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, [lo que] afecta sensiblemente la moralidad pública y los principios de igualdad, transparencia e imparcialidad”*².

Así mismo, ratifican su argumento sobre la violación directa de los artículos 126 Constitucional y 53 de la Ley Estatutaria de Administración Judicial, toda vez que estos prohíben que se nombren a personas vinculadas por lazos de parentesco con quienes intervinieron en su propia elección, lo cual, a su juicio, implica lógicamente, que en la causal queda incluido también quien da origen a la inhabilidad.

Rematan su argumentación con el siguiente razonamiento: *“es necesario y urgente que tal manera de proceder, resumida en la frase popular del “yo te elijo, tú me eliges”, sea abolida en la práctica y desterrada de todos los tribunales de justicia, particularmente de las Altas Cortes, que precisamente por su preeminencia y posición destacada en la pirámide del Estado sirven de referentes morales y éticos a los ciudadanos. Procedimientos contrarios a la moralidad*

¹ Folio 95 del expediente

² Folio 99 del expediente

realizados por las máximas instancias del poder público, envían un desalentador y nocivo mensaje a la sociedad, constituyen un ejemplo altamente perjudicial para la comunidad y relajan las fronteras éticas del quehacer cotidiano de los ciudadanos”.

II. CONSIDERACIONES

1) Competencia

Esta Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de la elección demandada, por lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2) Sobre la admisión de la demanda

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias del referido artículo 162, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, no acumula causales objetivas y subjetivas de nulidad, narra los hechos que las fundamentan, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, solicita y anexa pruebas, suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y anexa copia de los actos acusados de elección y confirmación.

Definido aquello se evidencia, por último, que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.. La referida norma indica:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación”.

Así, tratándose el acto acusado de una elección que, por ser de la rama judicial, requiere de confirmación, ha de concluirse que la demanda fue presentada en tiempo, el mismo día en que vencían los 30 días³ que concede la norma, si se tiene en cuenta la vacancia judicial⁴.

Por lo expuesto, la demanda se admitirá.

3) De la solicitud de suspensión provisional del acto demandado

En el contexto del control judicial de los actos administrativos, el juez puede suspender provisionalmente sus efectos desde el inicio del proceso. La relevancia de esta medida cautelar surge incuestionable de su objeto, pero queda aún más en evidencia por su rango constitucional, pues fue el propio Constituyente el que en el artículo 238 facultó al juez de lo contencioso administrativo para el efecto, *“por los motivos y los requisitos que establezca la ley.”*

El artículo 230 del CPACA relaciona la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo entre las medidas cautelares de posible aplicación en los juicios ante esta Jurisdicción. Seguidamente, el artículo 231 establece sus requisitos, en los siguientes términos:

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado***

³ el 23 de enero de 2012.

⁴ De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: *“En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)”*

y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)

Es por lo expuesto, y por la necesidad de poseer extremos normativos y argumentativos concretos que *ab initio* permitan el estudio y análisis de la solicitud, que la Sala considera que el artículo 231 del CPACA, no releva al actor del deber de suministrar al juez los elementos probatorios y argumentativos necesarios para decidir sobre la prosperidad de la medida y que por el contrario, el carácter rogado de la solicitud se mantiene. Sobre el particular se pronunció recientemente la Sala:

“(...) dada la utilidad que para efectos de determinar la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo reporta la debida argumentación del demandante, con el fin de orientar el análisis y la confrontación que compete al juez electoral, esta Sala considera que la solicitud en ningún caso puede quedar huérfana de razones del actor, bien sea que lo haga en escrito separado, en un capítulo especial de la demanda o que en éste aparte remita al concepto de la violación que estructuró como requisito de la demanda.”⁵

En el mismo sentido, la Sala destacó que expresamente *“esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.”⁶*

Ahora, con relación a las condiciones de procedencia de la suspensión provisional se ha concluido por parte de esta sección:

“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis

⁵ 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.

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 9 de noviembre de 2010, Rad. 05001-23-31-000-2007-00437-02, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

*o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1°) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud”⁷.*

Pues bien, apoyada en las premisas definidas anteriormente, si bien la solicitud de suspensión provisional del acto de elección del demandado como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, cuenta con la debida sustentación por parte de los actores, la violación normativa que plantean **no surge ni se hace evidente en este momento procesal.**

Primero, porque la norma constitucional, al igual que la estatutaria invocadas como violadas por la parte demandante, estas son, las contenidas en los artículos 126 Constitucional y 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en principio aluden a los parientes de quien intervino en su nominación. Por ende, es en el fallo donde habrá de definirse si las referidas prohibiciones cobijan también al nominador, como lo afirman los demandantes.

Segundo, porque como los medios de convicción aportados, estos son, (i) las actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que fue elegido y confirmado el demandado, así como las certificaciones de asistencia a dichas sesiones y (ii) las actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que fueron elegidos los magistrados que intervinieron en las sesiones de elección y confirmación de Ricaurte Gómez, tienen la finalidad de probar que los que hoy fungieron como electores del Dr. Ricaurte, fueron a su vez, elegidos por éste, de manera que su efecto jurídico sigue la misma suerte de la interpretación que la Sala adopte frente a las normas indicadas como violadas.

En suma, la medida cautelar será negada porque para verificar la juridicidad del acto acusado es preciso que la Sala, en el estudio profundo propio de la sentencia determine: i) si la finalidad de las normas indicadas como violadas es la entendida por la parte actora, ii) cual es la incidencia, en el *sub judice*, de la aplicación de los principios de interpretación restrictiva, confianza legítima y “*pro homine*” y, iii) si la

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 24 de enero de 2013, Rad. 110010328000201200068 - 00, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

interpretación que el Consejo de Estado ha efectuado frente a otras inhabilidades, como la del numeral 5 del artículo 179, puede, válidamente, ser trasladada respecto de la prohibición que se estudia en este caso concreto.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

- 1) Admítase la demanda electoral instaurada contra la elección de Francisco Javier Ricaurte Gómez como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
- 2) Notifíquese personalmente a Francisco Javier Ricaurte Gómez, magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, atendiendo a las reglas establecidas en el numeral 1 del artículo 277 del CPACA.
- 3) Notifíquese personalmente al presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la forma prevista en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA.
- 4) Notifíquese personalmente al Ministerio Público.
- 5) Notifíquese por estado a los actores.
- 6) Infórmese a la comunidad sobre la existencia de este proceso por la página web del Consejo de Estado, de conformidad con el numeral 5 del artículo 277 del CPACA.
- 7) Niégase la solicitud de suspensión provisional de la elección demandada.

Notifíquese y Cúmplase.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO
Aclaro voto

MAURICIO TORRES CUERVO

SUSPENSION PROVISIONAL - Forma como debe entenderse en general y, en especial, en los procesos electorales a partir del nuevo código / MEDIDAS CAUTELARES - Papel del Juez de lo contencioso / SUSPENSION PROVISIONAL - La nueva teleología de la medida cautelar / SUSPENSION PROVISIONAL - Se debe verificar principios y valores constitucionales / CONSTITUCION POLITICA - Posee carácter normativo y vinculante

Con relación a la providencia de Sala adoptada en el proceso del vocativo referenciado, considero de suma importancia aclarar el voto, para exponer mi criterio sobre la forma como debe entenderse la figura de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de la reforma al Código de lo Contencioso Administrativo. Huelga manifestar que esas consideraciones fueron expuestas aunque no respaldadas por mis compañeros de Sección quienes mayoritariamente solicitaron retirar las consideraciones que llevaba el proyecto inicial sobre la decisión de suspensión y que ahora, parcialmente, paso a dejar consignadas. La posición mayoritaria parece entender que al juez le está vedado tomar una decisión ab initio del proceso en salvaguarda del orden jurídico en razón a una supuesta prohibición que sobre el particular trae el artículo 229 del CPACA, lo que explica, en parte, que se afirme que cuando el texto normativo señala que la violación debe “surgir”, ello implica que la infracción deba ser “manifiesta”, “brotar”, según las acepciones que de ese vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a las que recurre la Sala como única herramienta hermenéutica para fijar el alcance del texto normativo que contiene la regulación de las medidas cautelares, sin reparar en que existen otras y de mayor utilidad como indagar en la finalidad de la misma, en las razones que tuvo el legislador para implantarlas en la nueva normativa, por señalar solo algunas. Esa postura desconoce que precisamente los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1137 de 2011, principio éste que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador. Olvida la Sala, con todo respeto, que todo texto normativo debe ser interpretado por el operador a partir de los valores, principios y normas constitucionales en razón del carácter vinculante de la Constitución que nos rige, por tanto, más allá de si el legislador hubiese o no prescrito expresamente como lo hizo en el artículo 103 que el objeto de la jurisdicción era el expuesto, era claro que el mismo se debe colegir de la prevalencia de los mandatos superiores. Es precisamente esa concepción literal y exegética que parece tener la Sala sobre la suspensión provisional que me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va más allá de extraer el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo. En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la

ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

ACLARACION DE VOTO

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Con relación a la providencia de Sala adoptada en el proceso del vocativo referenciado, considero de suma importancia aclarar el voto, para exponer mi criterio sobre la forma como debe entenderse la figura de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de la reforma al Código de lo Contencioso Administrativo. Huelga manifestar que esas consideraciones fueron expuestas aunque no respaldadas por mis compañeros de Sección quienes mayoritariamente solicitaron retirar las consideraciones que llevaba el proyecto inicial sobre la decisión de suspensión y que ahora, parcialmente, paso a dejar consignadas.

1. Las medidas cautelares en el nuevo Código 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***⁸.

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 Constitucional⁹, la igualdad entre ellas, es decir, entre quien considera que tiene el derecho y aquella que se niega a reconocerlo o lo ha vulnerado.

⁸ CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil. Oxford University Press México. Primera Serie Volumen 2. Pág. 16.

⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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 autónomo¹⁰. 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.

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 recurso¹¹. 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 desarrollarla¹².

¹⁰ 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.

¹¹ 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)

¹² El artículo 25 en comentario, en su literal c) se refiere expresamente que los Estados deben garantizar el cumplimiento toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Igualmente las Declaraciones Universal de Derecho 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., 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”¹³ (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

¹³ 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) Awas 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.

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**¹⁴.

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 transcendental 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 generar¹⁵. De manera que éstas se convierten en la mejor y más adecuada 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 traba la litis para lograr una verdadera protección de los derechos e intereses de aquel. Ob cit, pág.

En efecto, en Alemania¹⁶, en Italia¹⁷ y en España¹⁸, a partir del reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva y en la forma como los tribunales internacionales de Derechos Humanos¹⁹ 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 efectivo²⁰ 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 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

¹⁶El 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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”

¹⁹ 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

²⁰ 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)

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 posteriormente²¹; 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 la suspensión provisional; iv) en los casos de la medida cautelar de urgencia y en

²¹ 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.

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, no solo porque fue el medio que solicitaron los demandantes en su escrito de demanda, sino porque el estudio que presentó el despacho a mi cargo se concretaba particularmente en esa medida y no en las restantes.

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*²² 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.**"²³. 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.

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Pág. 365.

²³ 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.

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 referidos debe permitir constatar que se ha subvertido el orden jurídico.”*²⁴ (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...”*²⁵

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

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de octubre 14 de 1999.C.P. Reynaldo Chavarro Buriticá. Exp 2340.

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:

*“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 si 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,

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp.3529.

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.”²⁶ (negrilla fuera de texto)

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 1137 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.”²⁷ (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”²⁸. Redacción que se mantuvo inalterada en todos los debates²⁹, hasta el cuarto debate en Cámara, en donde en

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. M. P.. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

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.

Y es precisamente en la forma como debe interpretarse el artículo 231 del nuevo Código que existe un punto de desencuentro con la posición mayoritaria. En efecto, creo que cuando el legislador introdujo la voz “surgir” en el cuarto debate, no lo hizo con la idea de mantener inalterada la jurisprudencia según la cual la violación que se alegue del ordenamiento debe ser tal, que el juez no deba hacer estudios o análisis para llegar a la decisión de si debe o no ordenar la suspensión propuesta; todo lo contrario, el análisis, la valoración probatoria, la argumentación, etc., se imponen en la definición de esta medida cautela. No entenderlo así, devendría en una reforma inocua.

Precisamente lo que demuestra el inter 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.

La posición mayoritaria parece deducir que para que proceda la medida cautelar de suspensión provisional se requiere que la violación surja del “análisis” del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas. Hasta aquí todo igual, pues se repite lo que dice textualmente el artículo 231, el asunto está en lo que entienden o el significado le da la Sala a la locución “surgir” y el alcance del examen que, en su concepto, debe efectuar el juez de conocimiento, pues en

mi criterio, el análisis y la confrontación siempre han estado y estarán presentes en la toma de la decisión³⁰.

Se lee en las providencias que hasta la fecha ha dictado la Sección en esta materia y que se replicó en el auto de la referencia:

“2°) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge³¹, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1°) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º. inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A., en cuanto ordena que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”³².

Si bien es cierto mis colegas no avanzan ninguna noción sobre el alcance de los términos analizar y estudiar que se subrayan, si puedo advertir que el enfoque que la Sala le pretende dar al examen o análisis que debe efectuar el juez para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, parece ser idéntico o por lo menos similar al que exigió la jurisprudencia en vigencia del Decreto 01 de 1984.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera .Auto de 27 de mayo de 2009.C.P. Ruth Stella Correa. 36476. Auto que es muy interesante de analizar porque, en vigencia del Decreto 01 de 1984, hizo algunas reflexiones sobre el deber de argumentación que tiene el juez al momento de decretar la medida cautelar de suspensión provisional.

³¹ Según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

³² Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta, auto de 7 de febrero de 2013, Rad. 110010328000201200066-00, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. En el mismo sentido los autos dictados el 24 de enero de 2013, Rad. 11001-03-28-000-2012-00068-00 y 11001-03-28-000-2012-00071-00 Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

Es decir, una interpretación que le impida al operador un estudio dialéctico en que, a partir o con los elementos aportados en la demanda, se forme 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 pretende imponer hasta el final del proceso la presunción de legalidad del acto, con lo que se impediría 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.

En efecto, la posición mayoritaria parece entender que al juez le está vedado tomar una decisión *ab initio* del proceso en salvaguarda el orden jurídico en razón a una supuesta prohibición que sobre el particular trae el artículo 229 del CPACA, lo que explica, en parte, que se afirme que cuando el texto normativo señala que la violación debe “surgir”, ello implica que la infracción deba ser “manifiesta”, “brotar”, según las acepciones que de ese vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a las que recurre la Sala como única herramienta hermenéutica para fijar el alcance del texto normativo que contiene la regulación de las medidas cautelares, sin reparar en que existen otras y de mayor utilidad como indagar en la finalidad de la misma, en las razones que tuvo el legislador para implantarlas en la nueva normativa, por señalar solo algunas.

Esa postura desconoce que precisamente los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1137 de 2011, principio éste que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador.

Olvida la Sala, con todo respeto, que todo texto normativo debe ser interpretado por el operador a partir de los valores, principios y normas constitucionales en

razón del carácter vinculante de la Constitución que nos rige, por tanto, más allá de si el legislador hubiese o no prescrito expresamente como lo hizo en el artículo 103 que el objeto de la jurisdicción era el expuesto, era claro que el mismo se debe colegir de la prevalencia de los mandatos superiores.

Es precisamente esa concepción literal y exegética que parece tener la Sala sobre la suspensión provisional que me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va mas allá de extractar el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo.

En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

2. 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 acompañado³³, corresponde al demandante sustentar la solicitud e invocar las normas desconocidas por el acto acusado, y al funcionario judicial efectuar un

³³ 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.

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.

Por tanto, insisto que cuando el legislador empleó la voz "*surgir*" lo hizo bajo la idea de que la violación debería aparecer o hacerse manifiesta después del **análisis** que debe efectuar el operador judicial, examen que, por cierto, no fue calificado por el legislador como breve y somero o, profuso y copioso.

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 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.

3. 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 acto³⁴, 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”*³⁵.

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.

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.”*³⁶

³⁴ 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.

³⁵ CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág.362

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

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 censurado³⁷, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

En ese sentido, como lo señala Carnelutti³⁸, 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 Enterría³⁹ señala con acierto 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 serían 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 cautela. En consecuencia, tampoco se exige la prestación de caución, en los términos del artículo 229.

³⁷ 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.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford University Press. México, Primera Serie. Volumen 4. Pág. 244

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**⁴⁰.

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 un 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 omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará*

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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 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.”⁴¹

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

⁴¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Las cautelas procesales. Críticas a las medidas precautorias. Colección Textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág. 164.

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.

Lo expuesto hasta este punto, explica porqué no puedo admitir la afirmación que hace la Sala en los autos que deciden sobre la suspensión provisional en el sentido según el cual "... es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º. inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A., en cuanto ordena que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", pues ello parece una advertencia al juez para que no emita pronunciamientos en esta etapa sobre la legalidad del acto circunscrito.

Por tanto me pregunto, si no lo hace, entonces, ¿cómo examinar o estudiar la procedencia de la medida? será que nuevamente y bajo la interpretación basada en el sentido gramatical del vocablo surgir, la Sala va a exigir que la violación sea manifiesta, aparezca de bulto o sea absolutamente evidente como sucedió en vigencia del Decreto 01 de 1984, a efectos de impedir al juez hacer razonamientos para que, en una interpretación errada del artículo 229 no incurra en una prohibición que éste no contempla.

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 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 esa 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.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones de mi voto, pues si bien la demanda cumplía los requisitos para ser admitida, también considere que la medida de suspensión provisional solicitada por la parte demandante debía ser estudiada bajo las premisas expuestas en este escrito y que retire por petición expresa de mis respetables colegas.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO