

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA



LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO EXCEPCIONAL PARA SUSPENDER LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS VIOLATORIOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Presentado por:

César Augusto Morales Cárdenas

Oscar Darío Rodríguez Muñoz

Tutor Metodológico:

Dra. Yinyola Blanco

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTA D.C.
2014**

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO EXCEPCIONAL PARA SUSPENDER LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS VIOLATORIOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES*

Cesar Augusto Morales Cárdenas**

Oscar Darío Rodríguez Muñoz***

*El presente artículo denominado “la acción de tutela como mecanismo excepcional para suspender los actos administrativos violatorios de derechos fundamentales”, fue redactado en el marco del trabajo de investigación para optar el título de especialista en derecho administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada (Sede Bogotá).

**Policía por vocación egresado de la Escuela de Cadetes de Policía General Francisco de Paula Santander, Especialista en Servicio de Policía, abogado egresado de la Universidad Santo Tomás de Aquino Bogotá y aspirante a Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, Abogado litigante en procesos contencioso administrativos contra la Policía Nacional de Colombia. Bogotá D.C., Colombia. Correo electrónico: cesar.morales2826@correo.policia.gov.co

***Policía por vocación egresado de la Escuela de Policía Simón Bolívar, técnico profesional en servicio de Policía, abogado de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, Especialista en Derecho Procesal Penal y aspirante a Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, Abogado litigante en procesos contencioso administrativos control al Policía Nacional de Colombia. Popayán – Cauca – Colombia. Correo electrónico: oscar.rodriquez7162@correo.policia.gov.co

RESUMEN

La suspensión provisional de actos administrativos corresponde por regla general al juez administrativo, excepcionalmente al juez de tutela. La competencia de dichos funcionarios, ha generado un conflicto de interpretación jurídica dentro del sistema judicial colombiano, pues la figura de medida cautelar regulada por la Ley 1437 de 2011, se encuentra en un escenario de inutilidad frente a la eficacia que otorga la acción constitucional, el ciudadano parece preferir un mecanismo menos condicionado. Entonces, el buen ejercicio de los operadores judiciales constitucionales, permitirá mantener el orden jurídico y el espíritu que se le otorgó a la ley y a la acción constitucional. La investigación cuyo contenido es descriptivo está fundamentada en el estudio jurisprudencial y legal de los actos administrativos, así como de la función de los jueces frente a la protección de un derecho vulnerado.

Palabras clave: Acto administrativo, tutela, perdida ejecutoria, efectos, alcance y límites.

ACTION AS TUTELAGE CARE FACILITY TO SUSPEND THE ADMINISTRATIVE ACTS OF FUNDAMENTAL RIGHTS INFRINGING

Abstract

The provisional suspension of administrative acts generally corresponds to the administrative judge, the judge exceptionally guardianship. The competence of civil servants, has generated a conflict of legal interpretation in the Colombian judicial system, as the figure injunction regulated by law 1437 of 2011, is in a stage of futility against granting the constitutional effectiveness action citizens seem to prefer a less conditioned mechanism. Then, the proper exercise of constitutional judicial officials, will maintain the legal order and the spirit that was given to the law and the constitutional action. The research is descriptive whose content is based

on the jurisprudential and legal study of administrative acts and the role of judges from the protection of a right violated.

Key words: Administrative act, Guardianship, Loss of strength, Effects, Scope and limits.

INTRODUCCIÓN

El acto administrativo en Colombia es la figura legal que utiliza la Administración Pública para expresar su voluntad unilateral a fin de producir efectos jurídicos que conlleven a la prestación de un servicio público o al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. La construcción del acto administrativo demanda la intensa y concreta aplicación de los principios consagrados en la Carta Política y en el régimen administrativo, su producción debe propender entre otras cosas, por el respeto a los derechos fundamentales de las personas, puesto que la Administración adquiere la posición de garante de la vida y dignidad del hombre, y no puede, so pretexto de cumplir los fines esenciales del Estado, violentar los Derechos Fundamentales y afectar al ciudadano injustamente. El mismo Estado, en aras de avalar o penar la actividad de la Administración frente a la expedición de un acto administrativo, determinó por vía constitucional y legal, que el operador judicial competente para conocer de la legalidad o ilegalidad de un acto de la administración, es el juez administrativo. (Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000).

Si bien la voluntad de una autoridad del Estado a través del acto administrativo se convierte en obligatoria cuando adquiere su firmeza, ésta puede llegar a perder su ejecutoriedad siempre y cuando se configure cualquiera de las causales del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, o cuando el juez natural, o sea, el juez administrativo, lo haya anulado por la vía del medio de control de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante, la declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria no implica como tal la desaparición del acto mismo pero impide

que la administración pueda cumplirlo. El concepto de fuerza ejecutoria es considerado por el Consejo de Estado como el poder que tiene la Administración de generar los efectos jurídicos de un acto administrativo; así entonces, la pérdida de la misma, inhibe los efectos del acto, indicando que lo que este resuelve, no es obligatorio (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia con Rad. 4490 de 1998, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa).

Excepcionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que un acto administrativo podría suspenderse transitoriamente a través de acción de tutela ante la ineficacia o falta de agilidad del medio ordinario de defensa judicial, o ante la existencia de un perjuicio irremediable debidamente probado. (Corte Constitucional, sentencia T-421 de 2010) A pesar de existir un instituto jurídico propio en el régimen de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo como lo es la solicitud de medidas cautelares por las cuales se podría suspender provisionalmente un acto administrativo, éste ha resultado ineficaz frente a la reiterada utilización de la acción constitucional; en efecto, este medio resulta más favorable y ágil.

La Acción de Tutela, eventualmente procedente para la suspensión de actos administrativos que vulneren los derechos fundamentales de aplicación inmediata, convierte en ineficaz la norma que particularmente fue creada para la suspensión de dichos actos. Es válido reconsiderar la estructura de la norma administrativa y proyectar un pronunciamiento crítico que conduzca a experimentar cambios en la naturaleza de la misma.

La facultad otorgada al ciudadano para buscar la suspensión de actos administrativos, no resulta viable interpretarla en sentido vasto, hasta el punto de creer que cualquier operador judicial está revestido de autoridad para suspender un acto administrativo en el marco de la acción de tutela; podría tergiversarse la voluntad del constituyente, puesto que lo normativamente correcto es respetar la reserva y competencia del juez administrativo.

La Corte Constitucional como primera institución protectora de la Constitución y el Consejo de Estado como máximo tribunal ante lo contencioso administrativo, han creado jurisprudencia frente a la procedencia o no, de la acción de tutela contra actos administrativos, aportando de una y otra parte, los elementos sustanciales que se deben revisar antes de que los jueces cometan yerros judiciales que transgredan no solo los derechos del ciudadano, sino que generen inseguridad jurídica frente a las demás personas y frente a la autoridades del Estado Colombiano.

Cuando la administración quebranta derechos ciertos a un ciudadano, éste debe buscar su protección a través de la vía judicial, acudiendo al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; pero si la Administración transgrede un derecho fundamental de aplicación inmediata, el ciudadano prescinde de la solicitud de medida cautelar ante el juez natural para acudir a la acción de tutela por considerarla más eficaz e inmediata.

Es importante expresar que la misma Carta Política en su artículo 238 establece que: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*. Se observa entonces que la competencia para conocer de estos asuntos solo la otorgó a la jurisdicción contenciosa administrativa. En igual sentido se encuentra que el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, frente a la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, establece que:

Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

En los expedientes radicados bajo el número T-3198142 y T-3221983, del magistrado ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, la Corte Constitucional se refirió a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos y a la imposibilidad de declararla por parte del juez de tutela:

La Sala estima que (i) excepcionalmente los actos administrativos pueden perder su fuerza ejecutoria si se configura alguna de las causales taxativas descritas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo; (ii) el reconocimiento de tal pérdida de ejecutoria opera en sede administrativa, bien sea de oficio por quien profirió el acto o por solicitud expresa a título de excepción del interesado; (iii) el acto que acoge cualquiera de las causales de pérdida de ejecutoria de un acto administrativo, es demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y, (iv) al juez de tutela le está vedado inmiscuirse en la aplicación de alguna de las causales que motivan la pérdida de ejecutoria de un acto administrativo, ya que la ley asigna un competente para ello.

Ante el interrogante: *¿cuáles son los límites del juez de tutela frente a la suspensión de un acto administrativo?* es preciso estudiar la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo para solicitar la suspensión de actos administrativos, acudiendo a instrumentos del derecho público tanto constitucional como administrativo.

A la solución prevista, deben incorporarse criterios jurídicos y jurisprudenciales que conduzcan a distinguir las facultades que tiene el juez de tutela para valorar los actos administrativos, así como también determinar el grado de idoneidad de

los operadores judiciales en la esfera de la administración pública, sin perjuicio del reproche jurídico que hace a la norma contenciosa por su ineficacia para garantizar la protección de los derechos fundamentales con la actuación administrativa.

ENFOQUE METODOLÓGICO

La investigación se desarrolló en el marco de un análisis normativo y jurisprudencial, meramente descriptivo, en el que se compilaron pronunciamientos de la Corte Constitucional como tribunal guardián de la Carta Magna y conceptos vinculantes del Consejo de Estado como el órgano más especializado en cuestiones públicas y administrativas. La rama del derecho que regula las relaciones entre el Estado y el particular, cuenta con un compendio judicial amplio sobre la actuación de la Administración y su misión dentro de un Estado Social de Derecho, lo que permite encontrar diversos conceptos bibliográficos sobre el deber ser de las autoridades frente al administrado.

El análisis del precedente judicial como elemento indicativo de la ocurrencia del fenómeno jurídico que genera sensación de ineficacia de la norma administrativa y la interpretación de los principios rectores de la Constitución y de la función pública, cuyo desarrollo se encuentra en la norma y en la doctrina especializada, fueron la carta de navegación interpretativa y analítica para plasmar un artículo objetivo frente a las facultades de un juez ordinario en asuntos estrictamente administrativos y la seguridad jurídica que éste le aporta al orden jurídico existente.

La órbita de la investigación fue la jurisprudencia de la Corte Constitucional en razón a que ha sido ésta, la corporación que se ha pronunciado enfáticamente *“sobre la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la*

acción”. Por lo anterior, la sentencia T-106 de 1993 marcó el camino jurisprudencial a seguir frente a las facultades del operador judicial de tutela.

Para profundizar en las causales de la pérdida ejecutoria de los actos administrativos, dando explicación a cada una de ellas y reflejándolo de manera casuística, se acudió a la Carta Política de 1991, al Decreto 01 de 1984, a la Ley 1437 de 2011, y a las decisiones constitucionales que por tutela han resuelto sobre la suspensión provisional de actos administrativos. La sentencia T-514 de 2003, fue analizada

e interpretada en un escenario académico sin demasiado tecnicismo jurídico, puesto que es ésta, la providencia que estableció *“que la acción de tutela no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*. Pero es en esta sentencia, donde se empieza a vislumbrar que la herramienta constitucional cabría como mecanismo temporal de protección de los derechos fundamentales, dejando entrever la existencia de una norma especial, hasta la fecha en cesación.

RESULTADOS

En vigencia de la Carta Política de 1991, Colombia ha sido testigo del fenómeno jurídico de la suspensión provisional de actos administrativos por la vía constitucional de tutela, generando una aparente confusión jurídica frente a la naturaleza de esta figura legal y del proceso que correspondería adoptar para acceder a una eventual interrupción temporal de los efectos de un acto administrativo ya sea de carácter particular o general.

Quien pretenda acudir al poder judicial para suspender provisionalmente un acto administrativo, hoy podría utilizar dos herramientas jurídicas según las circunstancias y la situación que se esté definiendo en dicho acto. La primera corresponde a la regla general, la acción de simple nulidad o de nulidad y

restablecimiento del derecho; este instituto lo consagra la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual se establece un rito procesal que depende de algunos requisitos taxativos que más adelante se relacionan. En segundo lugar, podría activarse el aparato judicial a través de la acción de tutela para solicitar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se presuman vulnerados con la expedición del acto administrativo.

Frente al concepto de tutela, la Constitución Nacional en su artículo 86 dispone que:

... toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa .

El contenido introducido por el Constituyente advierte que la tutela comporta una aparente supremacía frente a la herramienta legal contenciosa.

Definitivamente el fenómeno de la acción de tutela (constitucional) y la medida cautelar (legal), obliga a discriminar la situación material y procesal de cada elemento normativo, distinguiendo la procedencia de la suspensión provisional de cada una.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD O NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La acción de nulidad se establece en Colombia a partir de la Ley 167 de 1941, no como una acción o medio de control que actualmente rigen. En esta norma se planteaba tanto la nulidad de los actos, como el requerimiento encaminado a restablecer un derecho. No se plasmó tácitamente en la norma pero al hacer una

interpretación extensiva y sistemática, diferenciándose en que la primera está encaminada a solicitar la nulidad de los actos que vulneran intereses colectivos que afectan el orden jurídico, es importante destacar que mediante estas acciones se realiza un control de legalidad, el acto se tiene que ajustar a los parámetros constitucionales y normativos del Estado; y la segunda a actos de carácter particular que buscan o tienen como efectos el restablecimiento de un derecho, siempre que el acto administrativo afecte a algún ciudadano o a varios, y que por voluntad propia, acudan a la jurisdicción.

El artículo 83 de la citada ley indicaba:

La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de la expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.

Esta regla se aplica a todos los actos administrativos, sean de carácter nacional, departamental o de una Intendencia o Comisaría.

La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) define los nombrados medios de control de la siguiente manera:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

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

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Al realizar un paralelo entre las acciones de la Ley 167 de 1941 y la Ley 1437 de 2011, se puede apuntar sin lugar a dubitaciones que la norma vigente maneja precisión, por tanto cada medio de control es puntual y especifica los casos para los cuales se ejerce simple nulidad; y nulidad y restablecimiento del derecho, además las respectivas excepciones dependiendo del caso materia de estudio.

Aquí, algunas de las diferencias entre la acción de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho: a) en cuanto a la caducidad el primer medio de control no tiene término, mientras el que comporta restablecimiento del derecho, cuenta con cuatro meses para interponer la acción a partir del momento en que se notifica el acto administrativo, el primero parte de un interés general en principio y la segunda acción tiene un interés netamente particular.

b) Se dice en principio que la acción de simple nulidad se utiliza para un acto de carácter general pero excepcionalmente en actos de carácter particular se puede utilizar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Ante tal premisa ha manifestado el Consejo de Estado:

...para que proceda excepcionalmente la acción de nulidad y restablecimiento contra actos administrativos de carácter general se requiere: que al aplicarlos se lesione un derecho subjetivo amparado por el ordenamiento jurídico, que la acción se interponga dentro del término de caducidad, cuatro meses, y que no exista acto administrativo particular mediante el cual se haya dado aplicación del mandato general, recordó la Sección Primera del Consejo de Estado. En el caso en estudio, las ordenanzas demandadas crearon una situación particular y concreta, derogaron normas sobre rentas de destinación específica y crearon efectos negativos directos, por tanto, a juicio de la corporación, con la demanda no se buscaba control de legalidad abstracto (nulidad simple) sino dejar sin piso dichas disposiciones y generar automáticamente el restablecimiento del derecho. (Consejo de Estado Sección Primera, Sentencia 50001233100020054010801, 3/22/2013)

Ya esclareciendo cuáles son los medios de control para solicitar la nulidad de un acto administrativo, es preciso dilucidar sobre las medidas cautelares, con el motivo de entender qué son, cuál es su finalidad y el objeto que pretenden.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. Al

respecto la jurisprudencia indicó que: *“su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo- y luego en la Carta de 1886, a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.”* (Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación: 25000-23-42-000-2013-06871-01.)

Conforme al régimen administrativo las medidas cautelares son consideradas el mecanismo preventivo cuyo fin es el de garantizar de manera objetiva el fruto de una obligación o el ejercicio de un derecho, esta herramienta no procede de manera independiente, siempre se va a encontrar ligada a un proceso sin importar su naturaleza. La Ley 1437 de 2011 establece los siguientes, parámetros sobre las medidas cautelares:

Las medidas cautelares en el proceso administrativo pueden ser solicitadas a petición parte o de oficio, teniendo por objeto la suspensión de una decisión de la administración en forma temporal, serán solicitadas con el escrito de la demanda y decretadas con el auto admisorio de la misma, lo que significa que previamente se realiza un estudio sobre las mismas para decretar su procedencia y si efectivamente cumple con los supuestos establecidos en la norma administrativa.

Es importante manifestar que en ningún momento, la disposición de este requerimiento significa un prejuzgamiento, se concluye entonces que su naturaleza es de carácter preventivo. Conforme a lo anterior, se establece que con la siguiente herramienta proteccionista se cumple con los postulados constitucionales de igualdad y acceso a la administración de justicia, equilibrando la posición entre el Estado y los gobernados. Ahora bien, para que proceda la suspensión provisional es indispensable que el quebranto de las normas que se invocan como vulneradas, debe surgir de la simple comparación entre estas y el actos acusado, en forma tal que si para encontrar tal contradicción es necesario el examen de los elementos probatorio allegados al expedienteo tener que realizar

juicios de valor respecto de la acción administrativa, no resulta procedente la medida cautelar. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. German Rodríguez Villamizar, Providencia: 10 de junio de 2004, Referencia Expediente 25152.)

La Ley 1437 de 2011, establece los requisitos para decretar las medidas cautelares plasmando:

Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

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

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

Tanto de la ley como de la jurisprudencia citada con anterioridad se concreta que el requisito esencial para que el juez administrativo decrete una medida cautelar, basta con realizar la simple confrontación entre el la Ley y el acto administrativo, de este simple cotejo debe ser evidente la infracción de la norma, de tal manera que permite al fallador decretar una medida cautelar. Al contrario, si de tal cotejo debe realizarse un estudio de fondo, no se decretaran y las pretensiones deberán ser resueltas con la sentencia. Además, es importante justificar en el libelo demandatorio las razones por las cuales deben ser decretadas las medidas cautelares, verbigracia un perjuicio irremediable ocasionado hacia el convocante.

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LOS ACTOS DE LA ADMNISTRACIÓN

La acción de tutela es sin duda alguna un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario (Decreto 2591/1991), encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados según posición reiterada de la honorable Corte C.

El fundamento constitucional y legal que en parte legitima el acceso ante un juez de tutela para proteger los derechos que se presumen vulnerados en un acto administrativo, son el artículo 86 de la Carta Política, el artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991. Con este compilado normativo se entiende que la tutela no será procedente *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales”*, pero sí habrá lugar a utilizarla cuando se observe *como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. En conclusión, el conjunto normativo superior y legal determina que *“la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Si bien el derecho público ha pretendido generar en el deber ser del individuo, que la figura de suspensión provisional sea un camino de carácter subsidiario y residual, impredecible resulta el manejo de esta herramienta por parte de las altas

cortes y en consecuencia por parte de tribunales y juzgados, máxime cuando en el devenir litigioso las partes se valen de acciones ordinarias ante los juzgados y tribunales, dirigidas todas a la protección de sus derechos, como por ejemplo el conocido dilema jurídico y judicial del señor Gustavo Petro, Alcalde Mayor de Bogotá, quien decidió utilizar junto con otros ciudadanos, distintos mecanismos judiciales para suspender un solo acto administrativo, el de la destitución e inhabilidad. En este particular caso, jueces y magistrados adoptaron posiciones diversas, que accedían y negaban las pretensiones de los accionantes, coligiendo de forma diferente, generando el fenómeno que anteriormente se mencionó, denominado para este escrito como la confusión jurídica.

“La jurisprudencia de la Corte ha reiterado la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993” dicha corporación, concluyó:

El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico.

Con fundamento en la sentencia de 1993, la Corte Constitucional emprendió la construcción de una línea jurídica que restringía aún más, la utilización de la acción constitucional, especialmente cuando el ciudadano accionante gozara de

otro medio para la defensa judicial de su derecho, siempre y cuando no estuviera latente un perjuicio irremediable. En el pronunciamiento del Máximo Tribunal en la sentencia T-983 de 2001, se hizo especial énfasis en la calidad excepcional del mecanismo constitucional de protección el cual no debía relevar los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Al conocer de una acción de tutela contra actos administrativos, los jueces de la república no deben desconocer el principio de subsidiaridad que rige la acción constitucional, en ese aspecto, la Corte en Sentencia T-1222 de 2001 decretó que, ignorar tal principio *“implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico”*. Proteger o amparar los derechos fundamentales es la misión del juez ordinario, pero excepcionalmente asumirá el juez constitucional la facultad de protección, siempre y cuando no haya probabilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, o cuando se avizore la materialización de un perjuicio irremediable. En dicha providencia quedó definido que si no se dan dichas circunstancias, el juez constitucional no podrá asumir la competencia para analizar el acto administrativo acusado.

En el año 2006, la sentencia de la Corte Constitucional T-132 de 2006 complementó su posición frente a las circunstancias que debía darse para que la acción de tutela fuera procedente para suspender actos escritos de la administración. En dicha providencia se dispuso *“que para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales”*.

La amenaza a los derechos fundamentales debería inferirse con la simple revisión del caso, infiriendo razonablemente que los derechos fundamentales se encuentran gravemente amenazados, o que si se trata de derechos asistenciales tengan alguna conexidad con derechos fundamentales que estén inminentemente

en peligro de vulneración.

La Corporación guardiana de la Carta Magna apuntó que, “la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable”. Dejó claro que la acción de tutela no es el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, toda vez que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el escenario idóneo para revisar los asuntos administrativos gubernamentales.

En esta ocasión, la Corte Constitucional concluye que:

por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2003)

En un fallo de tutela posterior, la Corte advirtió sobre el fenómeno jurídico que se estaba generando con el desconocimiento del principio de subsidiaridad a la hora de conocer acciones constitucionales encaminadas a suspender provisionalmente actos administrativos. En dicha providencia la corporación judicial indicó que el uso desmedido de la acción de tutela estaba desnaturalizando su espíritu subsidiario.

La Corte consideró que la indebida utilización de la acción de tutela estaba creando un ambiente de tal nivel que el rol primordial parecía negarse, pues se estaba desconociendo que el juez ordinario tenía el mismo deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, la corporación señaló que este fenómeno podría “abrir las puertas para

desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)” (Corte Constitucional, sentencia T-1048 de 2008)

Varios razonamientos para establecer la posibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativos se definieron: **La inminencia:** este criterio demanda medidas inmediatas para proteger el derecho - **La urgencia:** este elemento debe ser razonable, pues debe advertir que al sujeto de derecho debe evitársele ese perjuicio inminente. - **La gravedad de los hechos:** este criterio debe observarse bajo un real escenario en el que es obligatorio **la impostergabilidad** de la tutela como elemento imperioso para el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales.

La jurisprudencia enseña que deben darse estos elementos para suponer la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como herramienta transitoria y como medida preventiva que garantice el amparo de aquellos derechos fundamentales que se transgreden o se hallan en peligro. Frente al concepto de perjuicio irremediable, puede indicarse que éste se materializa cuando la amenaza existente sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con proximidad y de manera grave su permanencia, requiriendo de inmediato una actuación judicial.

La Corte Constitucional también observó que el perjuicio irremediable debe identificarse por ser inminente o por estar próximo a suceder. Debe surgir un grado de certeza razonable en el que se adviertan suficientes elementos fácticos para su comprobación, no dejando a un lado la causa del daño.

El perjuicio debe caracterizarse por comportar un nivel significativo de gravedad, que sea susceptible de determinación jurídica de tal forma que las medidas a necesitar sean urgentes para superar el daño, pero en todo momento, analizando

minuciosamente la inminencia del perjuicio y las características del proceso judicial. (Corte Constitucional, sentencia T-1316 de 2001).

Lo que se demanda de los operadores judiciales es una revisión íntima de los requisitos del perjuicio irremediable, su análisis debe realizarse teniendo en atención de cada una de las circunstancias que rodean el caso bajo análisis, toda vez que no son requisitos que puedan ser verificados por el funcionario genéricamente, sino que necesitan un examen ceñido al escenario en que se desenvuelven.

CONCLUSIONES

El compromiso judicial de los jueces administrativos y de tutela, resulta fundamental para esclarecer el panorama jurídico frente al uso indiscriminado de la acción constitucional como mecanismo para procurar la suspensión provisional de los actos administrativos y para cambiar el paradigma de inseguridad o confusión jurídica que actualmente se percibe. Es deber de los operadores judiciales asumir el rol que les corresponde; por un lado, el juez de tutela revisando minuciosamente los requisitos que la norma y la jurisprudencia han determinado para asumir la competencia frente a la inminencia de un daño irreparable y a una impostergabilidad de la protección. Por otro lado, el juez administrativo es quien tiene la obligación de garantizar los derechos procesales del que busca cautelarmente una suspensión de un acto administrativo que al simple cotejo con la norma, se infiere razonablemente que es contrario a la ley o a la Constitución.

No puede desnaturalizarse el sistema judicial colombiano al considerar que la tutela es un camino más rápido o eficaz para buscar la solución de los problemas jurídicos, especialmente aquellos conflictos que se desprenden de un acto administrativo, pues si la rapidez o la eficacia fueran el supuesto procesal para acudir a la acción constitucional todos los asuntos judiciales administrativos se

tramitarían por esa senda, omitiendo su objeto como herramienta subsidiaria y residual.

Frente a la idoneidad de los jueces en los asuntos administrativos que se originan por la expedición de un acto administrativo, es necesario precisar que el operador judicial administrativo lleva ventaja en su ejercicio como fallador de las controversias entre el Estado y los particulares. Los términos procesales, el conocimiento del día a día de la administración, y la experiencia que se adquiere por el continuo repaso de la función pública, son elementos jurídicos que llevan a garantizar los derechos tanto del que demanda como del demandado, pues la institución de nulidad y restablecimiento del derecho es considerada como el medio judicial de defensa principal para controvertir esas decisiones.

El juez administrativo y por consiguiente la Jurisdicción Contenciosa Administrativa han adquirido un grado de confianza en la sociedad colombiana frente a la resolución de litigios entre el Estado y el administrado, no obstante, la inutilidad de la medida cautelar para suspender actos administrativos contemplada en la ley 1437 de 2011, ha traído desde su expedición la sombra negativa de la misma medida cautelar regulada por el lento régimen contencioso administrativo del decreto 01 de 1984, el cual sigue vigente en los procesos judiciales creados con anterioridad al nuevo sistema.

La medida cautelar de la ley vigente entrega importantes garantías para la protección y defensa de los intereses de las partes que intervienen en el proceso; garantías éstas, que en parte deben obligar al juez especializado a constitucionalizar su función, teniendo gran cuidado a la hora de amparar o no, los derechos de quien aduce, se le están vulnerando. Esta reflexión está encaminada a contrarrestar el indiscriminado uso de la acción de tutela para atacar los actos administrativos y para brindarle a la medida cautelar, el nivel de rectitud, legalidad e importancia que el legislador le introdujo al cuerpo de la norma a la hora de expedirla. El ciudadano debe encontrar en la jurisdicción

contenciosa administrativa y por supuesto en sus jueces, un ambiente jurídico acogedor que le impida al demandante buscar la acción de tutela, ya sea porque encontró garantías procesales o porque sus derechos están bajo una protección considerable.

Si bien el juez administrativo está en la obligación de actuar con inmediatez y eficacia frente a la solicitud para suspender un acto administrativo, el ciudadano que requiera una protección reforzada porque su situación reúne todos los requisitos establecidos para acudir a la acción de tutela, es el juez constitucional que sin ser suficientemente versado en los asuntos administrativos, debe actuar en la protección preventiva de los derechos del ciudadano, teniendo fina observancia del caso para que en su afán de protección, no invada la esfera de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y conlleve a configurar un perjuicio al individuo o a la administración, o porque no, al mismo poder judicial. Es que el juez constitucional a la hora de proteger derechos fundamentales frente a un acto administrativo no necesariamente adquiere las características de juez natural, sino de un operador judicial dotado de facultades especiales para evitar daños irreparables frente a un presunto mal ejercicio de la función pública, pues las consideraciones y la decisión de acceder a las pretensiones para anular el acto administrativo, de proteger derechos definitivos y de resarcir posibles daños, son exclusivísimas del juez administrativo.

Finalmente, es del caso indicar como lo dice la Corte Constitucional Colombiana, que la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo constituye, es por excelencia el camino judicial idóneo para la defensa de los derechos “y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el mecanismo de defensa judicial pertinente, pues la tutela no está consagrada para suplantar los mecanismos judiciales ordinarios a menos que exista la posibilidad de un perjuicio irremediable e inminente que tornen en urgente y transitorio la procedencia de este amparo excepcional. (Corte Constitucional – sentencia T-629 de 2009)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1436.
(M.P. Alfredo Beltrán Sierra)
- Consejo de Estado. (2005). Sentencia. AG-00948
(CP. Ruth Stella Correa Palacio)
- Consejo de Estado. (1998). Sentencia: 4490.
(M.P. Juan Alberto Polo Figueroa)
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-451.
(M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)
- Consejo de Estado. (2004). Expediente 25152.
(C.P. German Rodríguez Villamizar)
- Consejo de Estado. (2005). Radicación 50001233100020054010801.
- Consejo de Estado. (2012). Radicación: 54001-23-31-000-2012-00058-01(AC). (MP. Gerardo Arenas Monsalve)
- Consejo de Estado. (2011). Radicación: 25000-23-24-000-2011-00796-01(AC). (MP. Susana Buitrago)
- Consejo de Estado. (2011). Radicación: 11001-03-15-000-2011-00336-01(AC). (MP. María Claudia López Lasso)
- Consejo de Estado. (2013). Radicación: 08001233100020130024001.
(MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-777.
(MP. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Consejo de Estado. (2011). Sentencia de 27 de octubre. Expediente 18988.
(CP. Ruth Stella Cortés Palacio)
- Consejo de Estado. (2012). Sentencia de 18 de enero. Expediente 18154.
(CP. Olga Mélida Valle de la Hoz)
- Consejo de Estado. (2004). Expediente 24711.
(MP. Javier Rodríguez Villamizar).

- Consejo de Estado. (2013). Radicación: 25000-23-42-000-2013-06871-01. (MP. Alfonso Vargas Rincón)
- Consejo de Estado. (1990). Auto del 28 de Junio.
- Consejo de Estado. (2002). Radicación 110010322600020060001000.
- Consejo de Estado. (2007). Radicación 018001233100020030195301.
- Consejo de Estado. (2007). Radicación 73001233100020070017502. (MP. María Elizabeth García).
- Consejo de Estado. (2012). Radicación 25000232700020120018601 (MP. Jorge Octavio Ramírez) (20346).
- Consejo de Estado. (2013). Radicación 20130011401. (MP. María Elizabeth García)
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-788. (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez)
- Consejo de Estado. (1998). Radicación 85001233100019980012901. (MP. Gladys Agudelo Ordoñez)
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-205. (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).
- Consejo de Estado. (2012). Radicación 54001233100020120005801. (MP. Gerardo Arenas Monsalve)