

Abril de 2012



**EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES
ADELANTADO ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
A PARTIR DE LA LEY 1437 DE 2011**

Julián Ocampo Acevedo

José Belzar Rodríguez Rico

Lina Marcela Vinasco Vera

Carlos Andrés Toro Toro



**EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES ADELANTADO ANTE LA
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA LEY 1437 DE 2011**

**JULIÁN OCAMPO ACEVEDO
JOSÉ BELZAR RODRÍGUEZ RICO
LINA MARCELA VINASCO VERA
CARLOS ANDRÉS TORO TORO**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PEREIRA RISARALDA**

2012

**EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES ADELANTADO ANTE LA
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA LEY 1437 DE 2011**

**JULIÁN OCAMPO ACEVEDO
JOSÉ BELZAR RODRÍGUEZ RICO
LINA MARCELA VINASCO VERA
CARLOS ANDRÉS TORO TORO**

*Proyecto de grado para optar el título de
Especialistas en Derecho Administrativo
Cohorte XI*

**Asesor
Magister ÉDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PEREIRA RISARALDA**

2012

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	4
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
3. HIPOTESIS	7
4. JUSTIFICACIÓN	8
5. OBJETIVOS	10
6. MARCO REFERENCIAL	11
6.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	11
6.2. MARCO TEORICO	12
6.2.1. Importancia de las Medidas Cautelares en la Ley 1437/2011	12
6.2.1.1. Concepto de Medida Cautelar	13
6.2.1.2. Importancia de las Medidas Cautelares en el Proceso Declarativo	13
6.2.3. Características de las Medidas Cautelares	19
6.2.3.1. Medidas Cautelares Preventivas	21
6.2.3.2. Medidas Cautelares de Suspensión	22
6.2.3.3. Medidas Cautelares Anticipativas	22
6.2.3.4. Medidas Cautelares de Conservación	23
6.2.3.5. Oportunidades Procesales para Solicitar las Medidas Cautelares	24
6.2.4. El Principio Constitucional de Acceso a la Justicia	27
6.2.4.1. Interpretación del Principio Constitucional de Acceso a la Justicia	28
6.2.4.2. Concepción de la Tutela Judicial Efectiva	31
6.2.5. Análisis de las Medidas Cautelares en las Acciones Constitucional	32
6.2.5.1. Las Medidas Cautelares en la Acción de Tutela	34
6.2.5.2. Las Medidas Cautelares en las Acciones Populares	35
6.2.5.3. Las Medidas Cautelares en las Acciones de Grupo	38

6.2.6. Poderes del Juez Contencioso Administrativo	39
6.2.6.1. Objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativo	40
6.2.6.2. Poderes del Juez Contencioso más las Medidas Cautelares	41
6.3. MARCO JURÍDICO	45
6.3.1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	45
6.3.2. NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL	46
6.3.3. NORMATIVIDAD LEGAL	48
6.3.4. JURISPRUDENCIA	49
7. DISEÑO METODOLOGICO	50
7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	50
7.2. METODO DE INVESTIGACIÓN	50
7.3. INFORMACIÓN SECUNDARIA	50
7.4. INFORMACIÓN PRIMARIA	51
8. TALENTO HUMANO Y RECURSOS TECNOLOGICOS	52
9. BIBLIOGRAFÍA	53

1. INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de investigación tiene como objetivo determinar la incidencia que la implementación del nuevo sistema de cautelas judiciales, trae consigo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se adopta el nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo en las actuaciones de la administración pública y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia. Igualmente, bajo este marco se pretende determinar las ventajas que conlleva la puesta en marcha de dichos instrumentos procesales de cara a alcanzar por parte de los asociados, la tutela judicial efectiva reclamada a través del control jurídico que ejerce de manera especial es jurisdicción del sistema de administración de Justicia en nuestro país, con el fin de restablecer el equilibrio procesal del administrado cuando a partir del actuar desproporcionado del aparato estatal se desconocen sus derechos.

La importancia del estudio que hoy se adelanta, es de gran magnitud toda vez que existen pocos antecedentes sobre el tema que se hayan desarrollado en nuestro territorio, ya que aún no ha entrado en vigencia en nuestro país el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual entrará a regir el próximo dos de julio de dos mil doce. Es del caso exaltar que existen ponencias que se han presentado en diferentes escenarios académicos entre los cuales encontramos las desarrolladas por tratadistas como Ruth Stella Correa Palacio, Mauricio Fajardo Gómez, Enrique José Arboleda Perdomo y Daniel Castaño Parra, quienes han sido fuente obligada de consulta y referentes sin igual del trabajo que hoy se presenta.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La formulación del problema en el proyecto se exterioriza desarrollado en la siguiente pregunta: ¿Qué importancia tendrá la presencia de las medidas cautelares en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a partir de la vigencia de la Ley 1437 de 2011 y cómo incidirán para alcanzar la tutela judicial efectiva?

A partir de lo anterior, se encuentra que las tendencias jurídicas contemporáneas exigen por parte de los Estados un compromiso constante orientado al fortalecimiento de sus aparatos de administración de justicia, de manera especial la adecuación de instrumentos que permitan el acceso rápido, oportuno y eficaz de los administrados al sistema judicial de cada uno de sus países; esto es, lo que se observa con la expedición de la Ley 1437 de 2011 y con la implementación del régimen de medidas cautelares que entrará a regir el próximo 2 de julio de 2012, la adaptación del sistema jurídico patrio en lo contencioso administrativo a las directrices que el derecho comparado y el ordenamiento jurídico interno exigen, con el fin de alcanzar sistemas de justicia provisional para los administrados.

Igualmente desde el preciso momento en que Colombia pasó de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho con la adopción de la Constitución Política de 1991, la adecuación de los modelos procesales que imperaban en nuestro país se hizo necesaria, de tal manera que la reforma al código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, implica el reconocimiento del principio *pro omine* y el estricto cumplimiento a lo que impera en nuestra carta magna, otorgando al administrado la garantía de acceder rápida y oportunamente al aparato jurisdiccional, por tal razón dotar a la Jurisdicción Contenciosa de Medidas Cautelares como las diseñadas, permite que el asociado alcance una protección de sus derechos anticipada o

provisionalmente frente a los perjuicios que le pudiere llegar a ocasionar el actuar de la administración, mientras se resuelve definitivamente su litigio en lo contencioso administrativo.

No obstante, situaciones como la excesiva demora al solucionar las controversias, hace que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no cumpla con el fin para el cual fue diseñada, es así que el uso de las medidas cautelares, permite la aplicación de Justicia provisionalmente, por tal motivo con la aplicación de estas se logra salvaguardar eficientemente el orden jurídico y el derecho sustancial de los administrados.

Así las cosas, vemos que logra evolucionar nuestro sistema jurídico en la especialidad contencioso administrativo, en la cual además de implementar instrumentos para el acceso rápido, ágil y oportuno a la misma, amplía las facultades para que el Juez Contencioso Administrativo controle de manera más eficiente la actuación de la administración pública y se alcance por los asociados en su mayor expresión el desarrollo del principio constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

3. HIPÓTESIS

A ciencia a cierta la importancia que tendrán las medidas cautelares en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativa no se sabe, ya que la eficacia y utilidad de las mismas, depende del buen análisis y aplicación que de las mismas haga el operador jurídico con su entrada en vigencia, así pues, la comunidad jurídica está expectante del manejo que Jueces y Magistrados por ser los encargados de decretarlas en cualquier instancia procesal, darán a un instrumento procesal que pretende la realización de justicia provisional en favor de los administrados. A partir de ello es preciso manifestar las siguientes situaciones que desde ya se vislumbran en torno al desarrollo de las mismas dentro de la actuación procesal en lo Contencioso Administrativo:

- 3.1. La importancia de las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo, será fundamental, ya que éstas van a permitir el acceso a la administración de justicia de una manera más rápida, ágil y oportuna con lo que se ha de alcanzar los estándares básicos de la tutela judicial, demandados por los asociados.
- 3.2. La implementación del nuevo régimen de Medidas Cautelares de la Ley 1437 de 2011, dotará al Juez Administrativo de nuevas facultades, entre las cuales está un activismo judicial más asiduo de cara a la consecución de la protección efectiva de los derechos fundamentales y colectivos de todos los asociados, situación que hasta el momento no ha logrado darse bajo la normativa del decreto 01 de 1984.

4. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo, se torna de gran importancia habida cuenta, que las tendencias jurídicas contemporáneas exigen por parte de los Estados un compromiso orientado al fortalecimiento de sus aparatos judiciales, es así que con la expedición de la ley 1437 de 2011, se modifica de manera importante en nuestro país, el sistema procedimental en materia contencioso administrativa, atravesando de un sistema anquilosado, por falta de instrumentos ágiles, donde la estricta legalidad impera por encima de todo, a uno cuyas principales características son la celeridad, la inmediación, la eficacia y la aplicación de justicia provisional con la agilidad y la adaptación debida a los postulados de la dignidad humana como valor supremo del Estado social de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991.

Es así que, con el presente trabajo se pretende abordar tan solo uno de los principales problemas que afronta la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual es la ausencia de medidas cautelares que permitan anticiparse al fondo del asunto, y así garantizar el objeto de la actuación procesal y la efectividad de la sentencia que se ha de proferir dentro de los eternos y desgastantes procesos que se desarrollan en esta jurisdicción especial.

Así las cosas, siendo conscientes de que con estas ideas no se va a descubrir nada nuevo, es menester precisar que ante la cruda situación por la que atraviesa la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia, entre otros factores por la exorbitante congestión judicial, la falta de recursos, de capital humano y de escenarios adecuados para el desempeño de labores propias de este sector de la administración de justicia; las medidas cautelares son un instrumento procesal de gran valía que trae consigo la ley 1437 y que propiciará el desarrollo de la tan anhelada tutela efectiva de los derechos de los administrados.

De tal modo, la institución procesal de las medidas cautelares que se perfilo en nuestro ordenamiento jurídico por parte de la comisión de Consejeros de Estado, como un mecanismo de solución al grave problema de protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, ya que las mismas –las medidas cautelares- están orientadas a ser el puente que concilia la celeridad con la toma de las decisiones jurisdiccionales en cabeza del juez administrativo y que permiten llegar a un solo punto, el debido acceso a la administración de justicia, la tutela efectiva y la realización del derecho sustancial propio e inherente al administrado.

Conforme a lo anterior y frente al panorama que vive nuestra Jurisdicción Contenciosa, en el tema de las medidas cautelares, es preciso anotar que si bien el decreto 01 de 1984 consagra la medida cautelar de la suspensión provisional, la misma se torna irrisoria frente al catálogo de garantías que se deben ejercer en favor del administrado en la batalla contra una administración que cada día pretende sumergirlo en un grado de sumisión, al cual este no puede repeler; pero que con la adopción de este nuevo régimen se logra poner los procesos surtidos al interior de la jurisdicción en el terreno de las acciones de tutela, populares, de repetición y de grupo, en las cuales se ha demostrado que la protección anticipada y la adopción de medidas anticipativas garantizan un cuidado real y efectivo sobre de la integralidad de los administrados.

Por tal motivo, vemos que logra evolucionar nuestro sistema jurídico en la especialidad contencioso administrativo, en la cual además de implementar instrumentos para el acceso rápido, ágil y oportuno a la misma, se amplían las facultades para que el Juez Contencioso Administrativo controle de manera más eficiente la actuación de la administración pública y se alcance por los asociados en su mayor expresión el desarrollo del principio constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

5. OBJETIVOS

5.1 GENERAL: Analizar la incidencia de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa como mecanismo para alcanzar la tutela judicial efectiva reclamada por los asociados.

5.2 ESPECÍFICOS:

5.2.1 Explicar la importancia de las medidas cautelares en el nuevo código contencioso administrativo.

5.2.2 Ilustrar desde el principio constitucional de acceso a la justicia, las medidas cautelares como instrumento para alcanzar la tutela judicial efectiva reclamada por los asociados.

5.2.3 Comparar las medidas cautelares aplicadas en las acciones procesales constitucionales y su papel en la consecución de la protección efectiva de los derechos de los asociados.

5.2.4 Describir las facultades del Juez para aplicar medidas cautelares antes (Decreto 01 de 1984) y después de la expedición del nuevo código contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011).

6. MARCO REFERENCIAL

6.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN:

Un sector de la doctrina colombiana, en diferentes estudios, ha procedido a analizar la implementación del régimen de medidas cautelares y las ventajas que trae consigo su aplicación en una jurisdicción como la contencioso administrativa, máxime ahora que en la gran mayoría de los países pertenecientes a la tradición romano germánica, se ha dispuesto de las mismas, como instrumento de garantía para dotar al administrado de instrumentos judiciales que le permitan obtener en sus controversias, la aplicación de justicia así sea de manera provisional.

En materia de medidas cautelares y su aplicación de conformidad con la Ley 1437 de 2011 se resaltan los aportes realizados por Ruth Stella Correa Palacio, quien en diferentes escritos, entre los cuales encontramos “Medidas Cautelares ante la Jurisdicción Administrativa en Colombia”, Mauricio Fajardo Gómez con su estudio sobre “Medidas Cautelares” y Daniel Castaño Parra con la ponencia denominada “La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo Colombiano: hacia un modelo de Justicia Provisional”, los cuales han orientado sus estudios a establecer que las mismas son procedentes tanto en los procesos cuyo conocimiento es exclusivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de igual forma en las actuaciones procesales que se comparten con la Jurisdicción Ordinaria, esto es con el desarrollo de las acciones constitucionales.

En síntesis, doctrinalmente se ha logrado avanzar en el desarrollo e interpretación que se debe dar a dichos instrumentos procesales, para la posterior aplicación por parte de los operadores jurídicos dentro del ramo

jurisdiccional contencioso administrativo, y es visto con buenos ojos que los principales referentes académicos en relación al tema, sean los desarrollados por dos Consejeros de Estado de las calidades intelectuales como lo es la Doctora Ruth Stella Correa y el Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

6.2. MARCO TEÓRICO

6.2.1 Importancia de las Medidas Cautelares en el nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011.

El régimen de medidas cautelares consagradas en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 de 2011, en adelante CPA y CCA, rompe con la tradición jurídica de nuestro país en esta jurisdicción, ya que en primer lugar con la implementación de estas garantías, nuestra legislación se encamina por la senda de protección de conformidad con las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de ello, estas tienen como fin convertirse en una mecanismo para la adecuada y oportuna prestación del servicio público *–esencial-* de administrar justicia.

Teniendo en cuenta que actualmente con el decreto 01 de 1984 solo se tiene la medida cautelar de suspensión provisional, implementada en los procesos ordinarios que se surten al interior de la Jurisdicción, destinada a ejercer la función de protección cautelariva, la importancia de este régimen, es que permitirá prestar con mayor capacidad y sin dilaciones injustificadas el servicio público esencial de administrar justicia, dentro de la oportunidad y los parámetros que los asociados exigen, situación que hasta el momento no se ha logrado con la normatividad que nos rige, esto es, el decreto 01 de 1984. Así las cosas, con la implementación del único mecanismo cautelar, como es, la suspensión provisional, en lugar de dotar de eficacia el control ejercido por la

Jurisdicción al actuar administrativo, este ha sido un medio que ha gozado de ausencia en el ejercicio del control de legalidad y resarcitorio en lo contencioso administrativo.

Por lo anterior, con la entrada en vigencia de éste nuevo catálogo de medidas, se busca fortalecer un sistema de cautelas, que se orientará a brindar garantía y fortalecimiento a ésta institución procesal dentro del escenario de administración de justicia en esta materia, por tal motivo, como se ha dicho la adopción y fortalecimiento de esta clase de cautelas al interior de los procesos declarativos adelantados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, garantiza la protección anticipada de los derechos sustanciales de los asociados, así como el acceso rápido, ágil, oportuno y eficaz por parte de los mismos al aparato jurisdiccional, para alcanzar la denominada tutela judicial efectiva.

6.2.1.1 Concepto de Medida Cautelar.

Para adelantar el estudio de un tema que en el derecho colombiano goza de amplio análisis especialmente en el derecho civil, y no tanto en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que la única medida cautelar es la suspensión provisional aplicable, hasta antes de entrar en vigencia la ley 1437 de 2011; se debe precisar que han sido diferentes los autores que se han decidido a realizar un estudio profundo del mismo, los cuales dan expresiones ceñidas a la realidad jurídica de cada una de las legislaciones latinoamericanas y europeas frente a este concepto, orientados a establecer que el fin de las mismas, es garantizar una sola cosa, la concreción de un acceso y la realización de una tutela judicial efectiva para los asociados, a partir del acceso de éstos a la administración de justicia, rodeados de un plexo de garantías que permitan amparar sus derechos de manera anticipada, mientras se resuelve de fondo su litigio.

En primer término, es preciso traer como referente la denominación que se ha dado por parte del tratadista italiano Piero Calamandrei, uno de los más importantes de la ciencia procesal, el cual en su momento afirmó que la medida cautelar tiende: “ *A evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (periculum in mora), está pre ordenada precisamente la actividad cautelar, la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos*¹”; es así que desde ese momento se avizoraba la medida cautelar como un medio para salvaguardar los derechos subjetivos que se encuentran sometidos a un litigio, y más aún a garantizar la efectividad y eficacia del sistema de administración de justicia.

En segundo término, se observa que en la legislación colombiana, frente a este concepto, dentro de las acepciones más notables que se encuentran está, la dada al interior del derecho civil o privado por el profesor Hernán Fabio López Blanco², el cual cataloga la medida cautelar como aquella “*que busca precaver o prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia o se adelanta un proceso*”, de conformidad a lo anterior, dicho instrumento jurídico se constituye como un acto jurisdiccional de origen preventivo y provisional que busca garantizar la conservación de las cosas, los bienes y las personas desde el mismo momento de iniciada la actuación jurisdiccional, con el objetivo de garantizar la efectividad de la sentencia y el amparo del derecho sustancial de quien acude a la Jurisdicción con el fin de que se proteja tal.

Igualmente, la medida cautelar se convierte en un instrumento que tiene como fin anticiparse a la ocurrencia de un perjuicio que ponga en desequilibrio la integridad de las personas, bienes o cosas, y en el contencioso administrativo,

¹ CALAMANDREI, Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires Argentina, pág. 157.

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo II – Parte Especial. Pp. 873 – 882.

se podría catalogar como aquella que busca amparar de manera anticipada los daños o perjuicios que se le pudieren ocasionar a los asociados con la ejecución de una actuación administrativa.

Al discurrir de lo previo y coherente con lo que se ha dicho, es preciso indicar que se observa dentro de las diferentes acepciones analizadas, en lo atinente a las medidas de garantía dentro de lo contencioso administrativo, que se encuentra la definición del profesor y Consejero de Estado Mauricio Fajardo Gómez, el cual sostiene que *“las medidas cautelares no son otra cosa que garantías puestas en manos de los ciudadanos y que han de ser operadas por los jueces, con el propósito de que aquellos no vean burlados sus derechos o intereses después de dispendiosos procesos en los cuales, si bien se accede a sus pretensiones, no se consigue la auténtica realización del derecho sustancial reclamado”*³.

A partir de lo antecedido, se observa que las acciones preventivas como también han sido denominadas, permiten asegurar a los ciudadanos de cara a su actuar ante la administración de justicia, mantener la confianza en ésta, ya que al momento de proferirse una sentencia, podrán disfrutar de un fallo que tenga plena vigencia y deje la sensación que efectivamente en su causa se ha aplicado justicia.

6.2.1.2. Importancia de las medidas cautelares en el proceso declarativo surtido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La importancia que se le ha otorgado a la consagración de un sistema de cautelas dentro de las codificaciones procesales, aún no se ha logrado identificar en el contexto de los procesos declarativos surtidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que la única cautela con la que se cuenta actualmente y sin entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011, es la

³FAJARDO GÓMEZ, Mauricio. Las medidas cautelares, Memorias de la Ley 1437 de 2011. Pg. 330 – 331.

de suspensión provisional, la cual se ha tornado en una medida tímida e incipiente que poco o nada ha logrado contribuir con la tutela judicial anticipada dentro de esta jurisdicción.

Por otra parte, es preciso indicar que la gran mayoría de los procesos adelantados por la jurisdicción contencioso administrativos son de contenido declarativo y resarcitorio, recayendo en estos dos tipos de actuaciones la aplicación del régimen de medidas que en la actualidad se pretende implementar, así mismo teniendo en cuenta esa función reparadora de la cual esta investida la Jurisdicción, es que se hace necesario, ampliar las potestades y atribuciones de la misma, buscando preservar así, el statu quo de los bienes y las personas que lo consideren necesario, ya que el actuar de la administración conlleva la adopción de medidas de carácter preventivo y no solo suspensivas, por tal razón se encuentra que la suspensión provisional de los actos administrativos es una medida cautelar tímida frente al inmenso poder que tiene la Administración pública, por lo cual el ciudadano está en verdaderas condiciones de subordinación, de tal forma se planteó la necesidad de regular nuevos mecanismos para este, de los cuales pudiera hacer uso para amparar de manera anticipada sus derechos.

Así las cosas, la procedencia de la medida cautelar en este tipo de procesos, ha sido establecida por el legislador, indiferente del procedimiento a desarrollar dentro de la actuación procesal, siempre y cuando la sentencia que se haya de proferir en el proceso, sea de contenido declarativo, esto es, que su aplicación se dé en procesos como el de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales se procede a declarar y reconocer derechos, entre otros además de las acciones constitucionales, las cuales fueron modelo para extender la aplicación de dichas cautelas al resto de procesos que se surten ante la jurisdicción.

Por lo visto, con los referentes antes mencionados, es preciso afirmar, tal como lo ha sostenido la doctrina nacional, ante la Jurisdicción Contencioso

Administrativo se adelantan procesos de tipo declarativo, de ejecución y resarcitorios, en los cuales tanto para el código que rige actualmente, como para el nuevo –ley 1437 de 2011- que contempla el nuevo tipo de procedimientos cautelares, que por analogía con el derecho civil patrio, sería viable que se aplicaran éstas –las medidas cautelares conservativas, anticipativas, preventivas y suspensivas en todos los procesos, pero como se mencionó estos instrumentos de amparo cautelar solo proceden en las actuaciones procesales en las cuales se pretenda declarar el reconocimiento de un derecho.

Ahora bien, situándoos en la Ley 1437 de 2011, con este cambio de normatividad procedimental, se pretendió por parte de la comisión de expertos al redactar el capítulo de medidas cautelares ampliar el alcance de las mismas, tal y como se ha evidenciado a partir del artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que establece que en: *“Todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, podrá el juez o Magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*.

De lo transcrito, se infiere pues, la procedencia de las medidas cautelares que el juez o magistrado considere pertinentes, cuyo fin será la protección y garantía provisional del objeto que se busca alcanzar con el proceso y obviamente la materialización de la sentencia que es lo que en últimas determina si fue o no acertada la adopción de dicha medida.

La intención como se ha dicho de extender a todos los procesos adelantados por la Jurisdicción la posibilidad de adoptar medidas cautelares, se ha tomado como referente de las atribuciones que el constituyente de 1991 y el legislador han conferido en algunas de las llamadas acciones constitucionales, en las cuales la Constitución permite al Juez como operador jurídico por excelencia, intervenir con el único fin de evitar amenazas o que se ponga en peligro los

derechos fundamentales o colectivos de las personas según el caso, ello precedido necesariamente como se verá más adelante de la regulación de tipo legal de los procedimientos y las exigencias a cumplir para adoptar las cautelas que el Juez piense son necesarias para proteger tales derechos.

Conforme a ello, con la implementación de este artículo se amplía el catálogo de medidas cautelares en los procesos declarativos surtidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, las cuales tenderán a evitar el abuso y restablecimiento del equilibrio procesal en las actuaciones entre los particulares y el Estado, a partir de lo cual se hace necesario citar a Eduardo García de Enterría, quien sostiene frente a dicho aspecto lo siguiente:

“Las medidas cautelares no son algo anómalo al proceso, sino un instrumento que devuelve al proceso su función genuina y que impide su corrupción y desnaturalización por los sujetos, en el caso del contencioso-administrativo, por la administración, normalmente.”⁴

Es indiscutible, el referido autor, al precisar que la finalidad de la medida cautelar dentro del proceso declarativo, se orienta a garantizar la protección y efectividad de dicho proceso y la sentencia de contenido declarativo que se profiere al interior del mismo.

Muestra de ello, y de la consistencia de este argumento, es que en el derecho Colombiano, se ha establecido por parte de Castaño Parra que la medida cautelar se puede establecer, como la *“anticipación provisoria de ciertos efectos previsibles de la providencia definitiva tendiente a prevenir, mediante la conservación o la constitución de una estado de hecho y de derecho, la causación de un daño marginal”*⁵ así las cosas, vemos que el fin que se pretende alcanzar con la implementación de las medidas cautelares en el

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Batalla por las Medidas Cautelares, 3° ed., Madrid, Thompson - Civitas, 2004, citado por ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, *“Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*. Editorial Legis 2011.

⁵ CASTAÑO PARRA, Daniel. La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional, Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 4, Segundo Semestre 2010, Pg., 293 – 314.

proceso declarativo, es preservar mediante una providencia de carácter provisional el estado de las cosas hasta tanto se profiera una decisión de fondo que proceda a anular o modificar el acto administrativo demandado.

Es así pues, como se ha establecido por parte del legislador de 2011, la procedencia de las medidas cautelares en los procesos declarativos a partir de la vigencia de la ley 1437, ahora veremos las características de las medidas que se han de adoptar dentro de dicha actuación.

6.2.3. Características de las Medidas Cautelares.

Es preciso iniciar esta parte del trabajo, manifestando que para adentrarse a analizar las características de las medidas cautelares provistas en la ley 1437 de 2011, es fundamental conocer las particularidades de la medida cautelar que hasta el día de hoy impera en nuestro ordenamiento jurídico contencioso administrativo, esto es, la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual está contemplada en el artículo 229 Constitucional y en el numeral 1 del artículo 66 y en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, que de acuerdo a preceptuado por el profesor y Consejero de Estado Berrocal Guerrero⁶, puede ser decretada por el Juez a petición de parte al iniciarse la actuación procesal, que persiga la anulación de un acto administrativo, así mismo se ha establecido que esta medida cautelar de suspensión provisional, procede de conformidad con el artículo 152 ejúsdem en los siguientes casos:

- a. Cuando sea solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda, o por escrito separado presentado antes de que aquella sea admitida, por lo cual el legitimado para solicitar la aplicación de la misma es únicamente el demandante, por escrito.

⁶ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Quinta Edición 2009. Librería Ediciones del Profesional. Pp. 443-445.

b. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamentos de dicha acción, esto es que, al ser verificable por confrontación directa del acto acusado con aquélla, o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud de suspensión provisional. La violación debe ser perceptible de golpe.

c. Si la acción es distinta de la de nulidad, el peticionario deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causarle al actor, para lo cual el contenido del acto mismo puede obrar como dicha prueba cuando su tenor es fácil inferir ese perjuicio, como sería el caso de una resolución administrativa que ordena el cierre de un establecimiento comercial.

d. En caso del acto haber sido anulado y fuere reproducido conservando en su integridad las disposiciones por las cuales fue objeto de anulación, con la salvedad de que al proferirse sentencia hubieran desaparecido los fundamentos legales que dieron paso a la suspensión.

A partir de los elementos que estructuran la procedencia de la suspensión provisional de actos administrativos, tal y como lo ilustra el autor mencionado, se debe precisar que la legislación no ha bastado para soportar dicha medida, sino que ha sido a base de interpretación jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, quienes a base de tutelas y de acciones populares han procedido a la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos que conllevan amenaza para los bienes jurídicos fundamentales o colectivos, sin embargo, a pesar de esos casos excepcionales también es menester indicar que dichas corporaciones han sido las encargadas de colocar la corta pisa para la utilización de tan importante figura, tal es el caso de que la violación de la norma superior debe ser "*prima facie*", sin necesidad de esfuerzo interpretativo con lo que ha hecho que esta medida prospere en casos extraordinarios, por lo que se ha dejado al ciudadano sin una protección

real de sus derechos, de tal manera que se reafirma en la concepción que la misma ha sido tímida y que *“solamente la jurisdicción contencioso administrativa es la que puede suspender los actos administrativos”*⁷ de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y el Código contencioso administrativo –Decreto 01 de 1984-.

De otro modo y en lo concerniente al establecimiento del nuevo régimen de medidas cautelares, encontramos que la Ley 1437 de 2011 y no como el decreto 01 de 1984 que trae 1 sola e inoperante en la práctica, consagra medios para la protección y garantía provisional al interior del proceso de 4 tipos, no excluyentes entre sí, con lo cual se podría decretar dos tipos de medidas a la vez si se considera oportuno por parte del juez, consagradas en el artículo 230 así:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión”

6.2.3.1. Medidas Cautelares Preventivas:

Este tipo de tutela anticipada, ha sido definida como aquella que busca evitar la producción o aumento de un daño causado por la administración pública en el giro de la actuación estatal, la doctrina procesal contemporánea ha establecido, que cuando la afectación se da como resultado de una actuación administrativa, es la suspensión provisional de los efectos, la medida provisional a adoptar de manera prioritaria.

De igual manera, se ha dicho que en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción contencioso administrativa, y que originen la procedencia de la medida por un hecho originado en el actuar de la administración que está causando un perjuicio, o que debido a la falta de actuación de la misma se

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 1999. Citada por BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Quinta Edición 2009. Librería Ediciones del Profesional. Pp. 443-445.

genere tal, puede el Juez administrativo dar la orden para que la administración interrumpa la inacción y proceda a actuar con el fin de conjurar el perjuicio que se genera, o por el contrario que como medida cautelar y mientras se profiere sentencia de fondo, se adelante la actuación correspondiente.

6.2.3.2. Medidas Cautelares de Suspensión:

Es la misma suspensión provisional de los actos administrativos, que como se ha expuesto es una medida cautelar fundamentalmente preventiva, que en la práctica se torna inoperante, pero que a partir de la entrada en vigencia de este nuevo código en la misma se permitirá suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa.

Esta clase de medidas cautelares es posible decretarlas cuando está en curso una actuación administrativa en la que se va a producir una decisión definitiva, como por ejemplo a inactividad que origina el silencio administrativo, o en los procesos de protección a los derechos fundamentales o de los colectivos, en que tienen como finalidad evitar su transgresión y los posibles daños a sus titulares.

6.2.3.3. Medidas Cautelares Anticipativas:

Se ha dicho por cierto sector de la doctrina, que esta es una gran novedad, ya que por decirlo así, una medida de estas características, permiten al juez anticiparse al derecho deprecado como pretensión principal, todo por medio de una providencia que decreta la aplicación de la cautela antes proferir sentencia de fondo.

6.2.3.4. Medidas Cautelares de Conservación:

Las medidas cautelares conservativas, son aquellas que buscan mantener el *statu quo*, y el equilibrio procesal previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, con el fin de evitar que se vuelva

irreversible la situación, o que no sea posible, volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único posible sea la indemnización de perjuicios.

En conclusión con la adopción por parte del legislador de este catálogo de medidas, se está invistiendo al juez de la causa de grandes facultades al decretar medidas que fomenten en él, un activismo judicial más amplio.

6.2.3.5. Oportunidades procesales para solicitar las Medidas Cautelares.

Los artículos 231, 232 y 233 de la Ley 1437 de 2011, ha establecido los requisitos para decretar las medidas cautelares, la forma en que se debe prestar caución y el procedimiento para adoptar tales medidas, así pues vemos en primer lugar que:

El artículo 231 de la mencionada Ley, dispone que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos, es procedente por violar las disposiciones invocadas en la demanda sin necesidad de que el juez a prima facie como lo ha sostenido la jurisprudencia tenga que hacer esfuerzos inmensos para adoptar dicha medida, sino que surja del análisis del acto controvertido, con las normas superiores invocadas, esto en el caso de la nulidad simple, pero en el caso en que se pretenda el restablecimiento de un derecho, es necesario acreditar la existencia de los perjuicios que se han ocasionado.

Frente a la medida de suspensión provisional, o medida cautelar de suspensión establece el cumplimiento de tales requisitos especiales, no siendo en el caso de las demás medidas, ya que para estas ha dispuesto su procedencia con base en lo siguiente:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Es pues demasiado importante la aplicación de las medidas cautelares, tal y como han sido diseñadas, ya que las mismas orientan a una mayor eficiencia judicial, como se mencionó, además de garantizar la efectividad del derecho sustancial como aspecto fundamental del estado social de derecho.

De igual forma, se ha establecido que no sólo son bondades para el demandante cuando solicita, la adopción de una medida cautelar, sino por el contrario, lo mismo conlleva que este, preste la caución respectiva que garantice los perjuicios que se pudieren llegar a ocasionar con la adopción de la medida cautelar, tal y como lo establece el artículo 232 ibídem; concibiendo así la caución como una especie de contra cautela que busca garantizar los efectos nocivos de la puesta en marcha de una medida.

Siendo pertinente, entonces adentrarnos en el punto central de este capítulo, las oportunidades procesales o el procedimiento para la adopción de tales medidas, se ha orientado por parte del legislador a las siguientes etapas de conformidad con el artículo 233:

1. La medida cautelar puede solicitarse en la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso.

2. El Juez o Magistrado en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar para que el demandado se

pronuncié dentro de los 5 días, plazo que corre independiente de la contestación. Luego el auto que decida las medidas cautelares se profiere dentro del término de diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución y la medida solo se hace efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

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

En relación con el procedimiento para proveer la medida cautelar, se busca que el traslado que se hace al demandado quien en todas las actuaciones surtidas ante lo contencioso administrativo van a ser las entidades públicas, ya que siempre dentro del actuar judicial se debe buscar la protección del interés público, para lo cual es necesario ponerle de presente al operador jurídico las posibles consecuencias que traería consigo la adopción de tal medida, y de igual manera que la entidad pública analice si es o no del caso oponerse a las pretensiones procesales.

Otro aspecto relevante, que merece la pena resaltarse en el presente trabajo, es el concerniente con la adopción de las medidas cautelares de urgencia, toda vez que las mismas de conformidad con el artículo 234, proceden sin previa notificación, a la otra parte, cuando se observe que por su urgencia no es posible agotar el trámite previsto, con anterioridad de hacer el traslado de la solicitud de medida cautelar a la entidad pública, sino de manera sorpresiva por la necesidad proceder a decretarla sin previa notificación, para que esta se oponga a la pretensión de la misma.

Una norma peligrosa, a nuestro juicio, toda vez que el hecho de adoptar una medida cautelar de este índole, con ella a que para proceder a adoptar la

misma, el juez o magistrado ponente, lo haga de manera juiciosa, debido al riesgo que se corre con la adopción de la misma.

6.2.4. El principio constitucional de acceso a la justicia a través de las medidas cautelares como instrumento para alcanzar la tutela judicial efectiva reclamada por los asociados.

Nos propondremos abordar este tema, de la manera más seria posible, tratando de analizar diferentes puntos sobre un principio tan importante como es el de acceso a la justicia, el cual busca garantizar al administrado mecanismos con los cuales sus controversias puedan ser resueltas de manera eficiente, eficaz y efectiva, todo lo anterior partiendo del respeto a sus derechos fundamentales y a las garantías procesales exigidas por la Constitución, que se deben traducir en vida digna y en condiciones dignas para la existencia de la población civil. A eso debe llevar el acceso pronto y oportuno a la justicia, a la satisfacción de las necesidades cuando por la acción u omisión del Estado se le desconozcan al administrado aquellas garantías fundamentales que cimentan su vida digna.

Teniendo en cuenta que actualmente existen en todo el mundo y en especial nuestro país sectores poblacionales que no pueden acceder a la justicia, teniendo en cuenta las implicaciones que ello tiene en el marco de un estado social y democrático de derecho, en el que se persigue la protección de los derechos de todos los administrados de manera igualitaria, cuando estos se vean violados y que el acceso a los tribunales con el fin de reclamar al estado que imparta justicia, es la forma de llevar de la teoría a la realidad el postulado del artículo 13 superior.

Al discurrir de lo anterior, tenemos que aparte del acceso a la justicia, se necesitan que al interior de la misma estén dispuestos todos los instrumentos para que la misma se ágil y pronta, es así que la implementación de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa, permite alcanzar óptimos resultados en la protección de los derechos fundamentales y

colectivos de todos los asociados, ya que su aplicación en el sistema de administración de justicia⁸, la hacen más eficaz de cara a la protección reclamada por aquel individuo desprovisto de los medios para la realización efectiva de sus derechos, y para precisar en este punto, viene como anillo al dedo citar lo dicho por Chiovenda en relación a lo siguiente: *“quien tiene razón no puede resultar perjudicado por el proceso que necesita para que se le reconozca esa razón”*. Así pues, no puede el administrado que en primer lugar tiene un acceso dificultoso al sistema de administración de justicia y que alega la protección de un derecho, esperar a que se resuelvan los dilatados procesos, cuando la razón indica que la protección a su derecho no es de espera sino de acción y que requiere de la aplicación de justicia, así sea de manera provisional.

Los cometidos enunciados anteriormente, son muestra de las disposiciones contenidas entre otros en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; el artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, y el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, todos estos instrumentos internacionales que desarrollan el *“derecho a la justicia como un derecho fundamental para las personas y, correlativamente, una obligación a cargo del Estado de dispensarla a través de los órganos jurisdiccionales, en procura de la protección y tutela efectiva de los demás derechos de los asociados, y que implica contar con plenas garantías para ser oído, en escenarios o a través de mecanismos judiciales y extrajudiciales dispuestos para la solución de controversias”*⁹. Conforme a lo establecido vemos que es obligación del estado disponer de los mecanismos judiciales

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Batalla por las Medidas Cautelares, 3° ed., Madrid, Thompson-Civitas, 2004, Capítulo 15.

⁹ CORREA PALACIO, Ruth Stella. Acceso a la Justicia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ponencia presentada en el XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Edit. Departamento de Publicaciones Universidad Libre, 2010. Pp. 379

pertinentes para el acceso de los asociados al sistema judicial en procura de una justicia pronta, oportuna y eficaz, en eso se transforman las medidas cautelares, en un instrumento para alcanzar la tutela judicial efectiva reclamada por los asociados.

6.2.4.1. Interpretación del Principio de Acceso a la Justicia desde la Óptica de la Jurisprudencia Constitucional.

El principio de acceso a la justicia no sólo representa el hecho de desplegar acciones judiciales, sino que las mismas deben conducir a la garantía de una tutela judicial efectiva avalada por los jueces y los tribunales a través de sus decisiones, las cuales deben realizadas con prontitud, la debida motivación, y efectividad, esto es, que se puedan materializar.

En esta misma senda, tenemos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional como referente orientador de las disposiciones contenidas en la Carta Magna de 1991, trae consigo distinciones significativas en aspectos tan importantes como lo es el valor de la aplicación de justicia, hasta la forma en la cual la rama judicial debe desarrollar sus sistemas de gestión, administración y control para hacer efectivos los derechos, deberes y obligaciones consagrados por la Constitución, cuyo objetivo es alcanzar la justicia social y garantizar la igualdad material para los asociados.

Partiendo de lo estipulado en los artículos 228, 229 y 230 superiores, administrar justicia más que un servicio público, se ha convertido en una función pública, ejercida bajo los postulados de la separación de poderes, propia en los estados democráticos, con independencia en sus decisiones, autonomía al momento de ejercer el control de legalidad y la publicidad de sus actuaciones, estas últimas orientadas a garantizar la prevalencia del derecho sustancial, a través de las providencias, que como se dijo deben dictar los jueces, sometidos al imperio de la ley, los criterios auxiliares de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina.

Sintetizando lo anterior, en nuestro país el derecho a la administración de justicia, fue concebido por el Constituyente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, interpretado conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, sobre derechos humanos y los cuales prohíben su limitación, aún en los estados de excepción, por tal motivo el derecho de acceder a la justicia no está vedado ni siquiera en dicha situación, a partir de ello, todas las personas, deben considerar su derecho de acceso a la justicia como una, garantía constitucional que entraña la posibilidad de acudir libremente a la Jurisdicción.

Ratifica lo anterior, la sentencia C-037 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa que estableció lo siguiente: *“el acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados”¹⁰.*

A partir de lo anterior, y tal como lo ha manifestado la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio, *“en un contexto signado por una inocultable “constitucionalización” de todos los ámbitos del derecho que ha caracterizado estos casi cuatro lustros de vigencia de la carta de 1991, y del cual no escapa el derecho procesal, es evidente que existe una marcada influencia de los preceptos y principios constitucionales en el derecho de acción y en el proceso. Es decir, acción, proceso y sentencia están determinados por la Constitución Política, en una simbiosis tendiente a garantizar la administración de justicia y el*

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

acceso a ella, en condiciones de igualdad y oportunidad, sin distinciones de naturaleza alguna por virtud de raza, edad, sexo, estado, creencias o convicciones ideológicas”¹¹.

Por lo expuesto, resulta notable que el acceso a la administración de justicia y en especial a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está marcada de una serie de prerrogativas sin las cuales el administrado no puede pretender el reconocimiento de sus derechos, toda vez que dicha jurisdicción especial, se ha encargado, como se ha dicho, de ser garantía del respeto a la ley, de la efectiva separación de poderes entre las ramas que integran el poder público, de la prevalencia del principio de legalidad, que se traducen en la efectividad de los derechos y garantías de los asociados.

Aun teniendo en cuenta, la existencia de todas estas garantías y de la interpretación que ha dado la Corte al principio de acceso a la administración de justicia, en nuestro país dichos parámetros distan mucho, de lo que se observa no solo en la jurisdicción contencioso y la implementación en esta, de instrumentos procesales que permitan la consecución de justicia de manera más ágil, como es el caso de marras, sino que la lucha por derrotar situaciones como la deficiente asistencia legal en los sectores más vulnerables, el desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, los altos costos de operatividad del sistema entre otros, son situaciones que se deben atacar, para poder acceder de manera, pronta, oportuna y eficaz al sistema de administración de justicia en busca de una solución a las controversias que se susciten y que necesitan de una respuesta de fondo a dichas situaciones, las cuales hasta el momento impiden la realización efectiva y material de la justicia.

¹¹ CORREA PALACIO, Ruth Stella. Acceso a la Justicia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ponencia presentada en el XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Edit. Departamento de Publicaciones Universidad Libre, 2010. Pp. 379

6.2.4.2. La Concepción de Tutela Judicial Efectiva en el Marco del Estado Social de Derecho.

Los seres humanos *“tienen un derecho fundamental a la justicia, en pie de igualdad con sus semejantes, o mejor aún, las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual comporta, de un lado, que toda persona puede acudir a la Administración de Justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones que formule, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable; y de otro lado, que el Estado debe prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz en éste ámbito”*¹².

Para adentrarse al estudio, de lo que en el contexto jurídico de un Estado Social y Democrático de Derecho se concibe como tutela judicial efectiva, es preciso traer como referente lo manifestado en cuanto a la misma por el Tribunal Constitucional Español, el cual ha manifestado que *“la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”*.

A ese punto se pretende llegar con la implementación de las medidas cautelares, ya que estas se ha convertido en el instrumento más eficaz para lograr la tutela judicial efectiva, por medio de estas se debe propender al fortalecimiento de una institución procesal de características precautelativas, dispuesta para que el Juzgador logre garantizar la efectividad del control jurisdiccional que ejerce, y sobre todo que permita alcanzar los cometidos de la aplicación de justicia. Hablar de tutela judicial efectiva y de medidas cautelares, actualmente, es adaptarse a las tendencias contemporáneas que exigen de la presencia en cualquier sistema de administración de justicia, la presencia de mecanismos protectores provisionales que garanticen el apropiado cumplimiento, y la utilidad real de las decisiones definitivas, ahora bien, eso es

¹² CORREA PALACIO, Ruth Stella. Acceso a la Justicia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ponencia presentada en el XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Edit. Departamento de Publicaciones Universidad Libre, 2010. Pp. 379

lo que pretende nuestro país con la adopción del nuevo régimen de medidas cautelares consagrado en la Ley 1437 de 2011, poder contar con un amplio catálogo de medidas para proteger provisionalmente el objeto del proceso *-que es la prevalencia del derecho sustancial-* y la efectividad de la sentencia en cuanto a la protección de derechos fundamentales o colectivos se trate dentro de los procesos declarativos que se han de surtir ante la jurisdicción contencioso administrativo.

6.2.5. Análisis de las medidas cautelares aplicadas en las acciones procesales constitucionales.

La Constitución Nacional de 1991 trajo consigo y para el ordenamiento jurídico patrio un gran número de cambios adjetivos y sustantivos, los cuales incidieron directamente en el que hacer de la administración pública colombiana, empezando por la concepción iusfilosófica de carácter antropocentrista que orienta a la protección y eficacia de los derechos fundamentales de los individuos, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los políticos, caracterizando el actuar administrativo por la preeminente protección y realización efectiva del catálogo de garantías fundamentales y colectivas inherentes a los asociados.

En aras de garantizar por parte de la administración pública de cada país, los derechos fundamentales y colectivos de los administrados, la rama judicial del poder público ha sido dotada por parte del Constituyente de 1991 de instrumentos procesales orientados a la protección y garantía efectiva de los derechos de los individuos, en eso se han convertido las medidas cautelares en las acciones de tutela, populares, de grupo y de repetición, en una muestra clara de protección y cumplimiento de los fines del estado social de derecho, cuyo cometido es y será la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes encaminados a la protección de las personas en sus derechos y libertades como asociados del estado social de derecho.

Por tal motivo, el asociado integrante de un estado social de derecho, merece gozar de un orden social justo, el cual se consigue única y exclusivamente bajo el acatamiento de los preceptos de un orden jurídico en el cual sus garantías no se vean desconocidas, a eso le apostó el constituyente de 1991 cuando consagró los mecanismos de protección consagrados en los artículos 86, 87 y 88 superiores, proveer al asociado de mecanismos con los cuales este pudiera hacer prevalecer sus derechos frente al actuar desproporcionado de la administración, que pudiere llegar a amenazar o poner en peligro sus bienes jurídicos.

6.2.5.1. Las Medidas Cautelares en la Acción de Tutela.

El Decreto 2591 de 1991 *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, en su artículo 7 consagra las medidas provisionales para proteger un derecho, las cuales han sido establecidas para cuando el Juez constitucional observe la afectación grave de un derecho fundamental, proceda a suspender inmediatamente la aplicación del acto que amenaza o pone en riesgo dicha garantía fundamental.

A partir de lo anterior, se configuran dos situaciones importantes a analizar, la primera es la acción de tutela como mecanismo definitivo para el amparo de un derecho constitucional fundamental y la segunda es la medida transitoria dentro de la acción de tutela, si bien las dos a nuestro entender podrían catalogarse como cautelas anticipadas de protección, cierto sector de la doctrina ha planteado algo diferente, tal es el caso del profesor Acero quien ha sostenido lo siguiente: *“Se habla de la tutela definitiva y de la tutela transitoria. En el primer caso, no existe otro mecanismo de defensa judicial, en los términos del artículo 6º, núm. 1º. Del Decreto 2591 de 1991, por lo que la tutela se usa como medio de solución definitivo, sin que exista otra actuación judicial, de la cual dependa la suerte de la decisión del Juez de tutela. En el segundo, por el contrario, según la excepción establecida en el mismo numeral 1º y en el Art. 8º del citado*

Decreto, si existe otro mecanismo de defensa judicial, como puede ser un proceso judicial autónomo, sólo que se requiere que en sede de tutela, se tome una decisión urgente en la medida en que al afectado se le pueden ocasionar “perjuicios irremediables” originados en la vulneración de uno o varios derechos fundamentales”¹³.

Es claro lo sostenido por el mencionado autor, en cuanto a que, de conformidad con lo establecido en los artículos 6, 7 y 8 del pre mencionado decreto que reglamenta el artículo 86 Constitucional, la acción procesal constitucional de tutela se convierte en una especie de medida cautelar al ser utilizada bien cuando se adopta una decisión de fondo, o cuando al interior de la misma se profiere una decisión que busca suspender de manera transitoria los efectos de una actuación que pone en peligro un derecho fundamental.

Por tal motivo, es preciso indicar que si bien la adopción de medidas cautelares al interior de la acción de tutela de significativa procedencia, también es menester que las mismas al momento de su adopción sean lo suficientemente razonadas y proporcionales a la actuación planteada, con lo cual se pueda lograr la protección esperada por quien observa que sus derechos están siendo transgredidos y que dicha amenaza puede ser constitutiva de un perjuicio irremediable, que amerite la adopción de dicha medida transitoria.

En síntesis, el Juez Constitucional cuando decide decretar una medida cautelar en una acción de tutela puede dictar medidas cautelares suspensivas cuando de actos que amenacen o pongan en peligro derechos fundamentales se trate, o cualquier medida que pretenda conservar los derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, con lo cual de manera accesoria se garantice la materialización de la sentencia de amparo que ha dictado, todo lo cual deviene

¹³ ACERO GALLEGOS, Luis Guillermo. Medidas Cautelares en la Acción de Tutela, de Restitución de Inmueble Arrendado y en la Acción de Repetición. Memorias del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá D.C. Ediciones Universidad Libre. 2009, pp. 530 y ss.

de una decisión de carácter transitorio que en últimas busca amparar provisionalmente los derechos que se consideran amenazados.

6.2.5.2. Las Medidas Cautelares en las Acciones Populares.

La consagración de medidas cautelares en las acciones populares ha sido considerado como el instrumento más grandioso y efectivo puesto a disposición de los ciudadanos para garantizar la protección efectiva de los derechos colectivos, sin dar importancia a la existencia de actuaciones administrativas que gocen de ejecutoriedad, toda vez que lo que aquí se busca es salvaguardar el interés de la colectividad.

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998, es muestra de ello, al poner al Juez popular en un punto significativo, ya que este deberá adoptar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos colectivos, además, yendo al plano procedimental, la adopción de las mismas se debe hacer antes de la notificación de la demanda, y como excepción en cualquier estado del proceso por parte del juez, quien de oficio o a petición de parte podrá decretar, con la motivación debida, medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado.

Así las cosas, es amplia la facultad discrecional conferida al Juez Popular, tal y como se observa de la lectura del mencionado artículo, que reza que la procedencia de las medidas que se pueden adoptar al interior de un proceso en el cual se vean en amenazados o puestos en peligro los derechos colectivos, estarán supeditadas a lo siguiente:

“a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;

- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo”¹⁴.*

Por tal razón las exigencias para la procedencia de las medidas cautelares en las acciones populares, es que las mismas deben soportarse en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de las circunstancias de peligro sobre los derechos colectivos, ya que es la existencia de esos elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión del juez cuando disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos.

De otro modo, se observa que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en cuanto a los presupuestos necesarios para decretar una medida cautelar dentro de una acción popular; frente a lo cual ha establecido que se debe observar la presencia de los siguientes aspectos:

“a) en primer lugar, a que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, pues de otra manera no podrían explicarse las finalidades de la medida cautelar, que apuntan a prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;

b) en segundo lugar, es evidente que la decisión del juez al decretar la medida cautelar debe estar plenamente motivada; y

¹⁴ Ley 472 de 1998, artículo 25.

c) En tercer lugar, para adoptar esa decisión, el juez debe tomar en consideración los argumentos contenidos en la petición que eleven los demandantes en ese orden, es decir, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido¹⁵.

Al discurrir de lo anterior, y en términos del profesor Guayacán Ortiz se puede decir que en Colombia, en relación con las acciones populares, se ha dado al juez amplias posibilidades, para que mediante medidas cautelares innominadas pueda garantizar la eficacia de una potencial sentencia favorable o mitigar los perjuicios derivados de una acción u omisión ocasionados antes y durante el transcurso de un proceso¹⁶.

6.2.5.2. Las Medidas Cautelares en la Acción de Grupo.

La acción de grupo por ser una acción de carácter indemnizatorio, donde lo que se pretende es la reparación de perjuicios individuales derivados de una causa común, que afecte a un grupo de 20 de personas; en lo atinente a la aplicación de las medidas cautelares, las mismas proceden siempre y cuando se haya obtenido sentencia favorable en primera instancia, tal y como opera en el procedimiento civil, específicamente en el proceso ordinario, donde las medidas proceden de conformidad con el artículo 690 del estatuto procesal civil.

En relación con este punto, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara, al sostener que:

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP.: Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 19001 2331 000 2010 00464 01(AP)

¹⁶ GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. Las medidas cautelares en las acciones populares y de grupo, dos regímenes antagónicos. Memorias del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá D.C. Ediciones Universidad Libre. 2009, pp. 513.

“A pesar de que la ley 472 de 1998 remite al Código de Procedimiento Civil para establecer cuáles son las medidas cautelares procedentes en la acción de grupo, regula la oportunidad para solicitarlas y para decretarlas, en contravía con lo dispuesto para las mismas en ese estatuto procesal, prevé, a renglón seguido, que tales medidas deberán ser solicitadas en la demanda, decretadas en el auto admisorio de la misma y practicadas antes de su notificación.

Y la incongruencia se revela frente al hecho de que si las medidas cautelares procedentes en la acción de grupo son el embargo y secuestro de bienes con posterioridad a la sentencia de primera instancia, no es posible decretarlas con el auto admisorio de la demanda y mucho menos practicarlas antes de su notificación”¹⁷.

De tal manera, las medidas cautelares en las acciones de grupo de conformidad con el artículo 58 de la ley 472 de 1998, proceden de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, en el caso de los procesos ordinarios de responsabilidad extracontractual, esto es, según el artículo 690 numeral 8, con lo cual las medidas serían las de embargo y secuestro de bienes del demandado, cuando se ha proferido sentencia favorable a las pretensiones de la demanda en primera instancia y la misma sea objeto de apelación o de consulta. Por tal razón ante la jurisdicción contencioso administrativo, no es posible decretar medidas diferentes ni en momento procesal previo.

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP.: Ruth Stella Correa Palacio, Veinticuatro (24) de enero de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-24-000-2005-01395-01(AG).

6.2.6. Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo con la Utilización de las Medidas Cautelares Consagradas en el nuevo Código Contencioso Administrativo

El nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, al consagrar la institución procesal de las medidas cautelares busca dotar, al juez del proceso de herramientas que garanticen la protección efectiva y el ejercicio de un control previo y anticipado sobre las actuaciones de la administración. Es así que el juez contencioso al dar aplicación a las medidas consagradas en el título XI del nuevo estatuto, estará investido de facultades de control jurisdiccional que han de concluir en una cortapisa al actuar desmesurado de la administración cuando el mismo se torne violatorio de los derechos fundamentales y colectivos de los asociados.

Ahora es preciso decir, que las medidas consagradas en el nuevo código, incrementan las facultades del Juez Administrativo con miras a controlar de manera más eficiente el actuar de la Administración, además de buscar un mayor acceso y eficiencia en la jurisdicción contencioso administrativa para el administrado, al igual que el cumplimiento a cabalidad de las tareas resarcitorias de daños que se originen a partir de la actividad de la administración.

Así pues, es preciso establecer que en las acciones constitucionales, la Constitución Nacional autoriza al Juez para intervenir con miras a evitar daños a los derechos fundamentales de las personas o a los derechos e intereses colectivos, así como la regulación legal de tales procedimientos en los cuales se adoptan las medidas cautelares que el Juez estime necesarias para la protección de estos derechos, situación que hasta el momento no se observa bajo la vigencia del decreto 01 de 1984.

6.2.6.1. Objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

El artículo 82 del decreto 01 de 1984, establece como objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, ejercida por el Consejo de Estado, los Tribunales administrativos y los Juzgados administrativos.

De igual manera le atribuyen la competencia para el juzgamiento de las controversias originadas en los actos políticos o de gobierno, pero le restringe conocer y juzgar las decisiones proferidas en juicios de policía, además de las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales del Consejo Superior de la Judicatura.

Conforme a lo desarrollado previamente, se tiene que antes de entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011, el criterio imperante en la jurisdicción con el decreto 01 de 1984, es el material o funcional en el cual el Juez administrativo conoce de los asuntos administrativos, incluidos los de los particulares investidos por ejercer funciones públicas.

Ahora con la Ley 1437 de 2011, se retoma el criterio material que predomina en la jurisdicción, en el cual esta se instituye para el conocimiento de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, de entidades públicas o de particulares que ejerzan función administrativa.

De igual forma, se debe indicar que a pesar de retomarse el criterio material, el otro criterio, esto es, el orgánico no desaparece.

Los argumentos manifestados con anterioridad, son de vital importancia, ya que al conocer el objeto de la jurisdicción, se sabe también a qué tipo de entidades

habrán de cobijar las medidas cautelares que se adoptarán por parte del Juez Administrativo, las cuales sin lugar a dudas gozarán de un impacto social sumamente importante.

6.2.6.2. Poderes del Juez Contencioso Administrativo con la utilización de las Medidas Cautelares.

Mediante la adopción en nuestro país de la Ley 1437 de 2011, que trae consigo un instrumento procesal de gran valor como lo son las medidas cautelares, se ha facultado al Juez Administrativo como actor social de primer orden, de atribuciones para su buen desempeño como gerente del proceso; es así que desde el momento en Colombia decidió incursionar con su sistema jurídico en las tendencias contemporáneas de protección y amparo provisional, el Juez Administrativo, inmediatamente quedó investido de los siguientes poderes o facultades, entre las cuales resaltan la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad y el acatamiento de las sentencias, la protección de manera provisional del derecho sustancial de los asociados, a partir de la cual se desarrolla el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, tan reclamado por muchos.

Igualmente tenemos, que este se fue investido de poder para ordenar todas las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar que no se continúen amenazando o vulnerando derechos fundamentales, competencias que comparte con el Juez de tutela, además contar con la posibilidad de proceder a suministrar la orden, para que se suspendan los efectos de los actos proferidos por la administración, dicha situación ataca la ejecutoriedad de la actuación, más no pone en tela de juicio la legalidad, ya que esta debe ser analizada de fondo en el proceso en sí.

Así mismo se ha establecido que dentro del plexo de facultades derivadas, y que el Constituyente otorgó al Juez de Tutela, con las mismas puede contar a

partir del 2 de julio el operador jurídico en el ramo contencioso, entre las que se observan la de proferir órdenes de hacer o no hacer, cuyo fin es salvaguardar los derechos fundamentales que se consideren son transgredidos.

Por último, valga la pena reiterar que la irrupción de la acción de tutela en el ordenamiento jurídico patrio, ha servido para hacer uso de ese buen mecanismo, y para que se reflexione sobre la importancia de adoptar un sistema de medidas más amplio, del que se cuenta actualmente, ante ello vemos que en materia contencioso administrativo se ha logrado avanzar con la expedición de la ley 1437 de 2011.

Con la adopción de esta clase medidas de cautelares (medidas de carácter suspensivo, preventivo, anticipativo o conservatorias) se pretende garantizar la protección anticipada de los derechos sustanciales de los asociados, así como un acceso rápido, ágil, oportuno y eficaz del mismo al aparato jurisdiccional, todo lo anterior que se traduce en una tutela judicial efectiva que se alcanza anticipándosele a la administración, a través de una medida que busca suspender o prevenir un actuación administrativa que se puede tornar dañina para los administrados.

De igual manera, no es posible hablar de medidas cautelares sin hacer una breve reseña de lo que la doctrina constitucional ha denominado principio constitucional de acceso a la justicia, el cual busca garantizarle al administrado mecanismos jurídicos, con los cuales sus controversias puedan ser resueltas de manera rápida, eficaz y efectiva, pero sobre todo que estén rodeadas de garantías para la protección efectiva de los derechos fundamentales y colectivos consagrados en la carta constitucional.

Conforme lo anterior el principio constitucional de acceso a la justicia con la implementación de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa, permitirá alcanzar óptimos resultados en la protección de los

derechos fundamentales y colectivos de todos los asociados, si la aplicación que de ellas haga el juez en la práctica sea la adecuada.

Así las cosas, el nuevo código contencioso administrativo (ley 1437 de 2011) al reunir en un solo estatuto los mecanismos para implementar las medidas cautelares de las acciones de tutela, populares, de grupo y cumplimiento, se transforma quizás en gran bastión en la engorrosa tarea de suprimir procedimientos, con lo cual se logra que la utilización de dichas medidas contribuya –**No en la medida que se desea**- con los fines del Estado Social de Derecho., muestra de ello es lo que se ha podido observar en la práctica con la acción procesal constitucional de tutela, tramite en el que el juez contencioso, deja de ser contencioso y pasa a ser constitucional, por el solo hecho de estar dando aplicación a una acción de este tipo y de la cual se logra evidenciar la eficacia de las medidas al dar desarrollo a lo siguiente: *“procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”* he aquí la mejor manera ilustrar la utilización de una medida cautelar de carácter anticipativo.

En síntesis, con la ley 1437 de 2011, y la inclusión compendiada de todo el régimen de medidas cautelares aplicables en la jurisdicción, se busca que sea el actor principal –esto es el juez- quien se encargue de la utilización en debida forma de los medios que el legislador a proveído para el desempeño de su tarea de dirimir los asuntos propios de administrar justicia desde lo contencioso administrativo, una actuación procesal que se resumen en el ejercicio de un control previo, anticipativo, conservativo y suspensivo de las actuaciones de la administración pública.

No está por demás manifestar que la tarea para el operador jurídico no es fácil, ya que de su desempeño depende que una institución procesal como la mencionada cumpla con la finalidad establecida por el legislador, y mayor aún que la misma se torne efectiva en cuanto al cumplimiento de los fines

establecidos en la Constitución y que pretenden garantizar al asociado del Estado Social de Derecho una correcta, eficaz y pronta justicia.

6.3. MARCO JURÍDICO

6.3.1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD:

Bloque de Constitucionalidad desde la perspectiva del Derecho Internacional:

1. **Declaración Universal de los Derechos del Hombre** – Proclamada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Artículo 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

2. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** del 19 de diciembre de 1966.

“Artículo 2.3: “Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a garantizar que:

- A. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- B. La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de un recurso judicial.

C. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Bloque de Constitucionalidad desde la perspectiva europea del Derecho Internacional:

1. **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos**, Roma 4 de noviembre de 1950,

Artículo 6: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley”.

Bloque de Constitucionalidad desde la perspectiva interamericana del Derecho Internacional:

1. **Convención Americana de Derechos Humanos**, San José de Costa Rica, 22 de Noviembre de 1969:

Artículo 8.1 dice: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

6.3.2. NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL:

- **ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado:** servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en

la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

- **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

- **ARTICULO 229.** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

- **ARTICULO 238.** 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.

6.3.3. NORMATIVIDAD LEGAL

- **Decreto 01 de 1984:** Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expedido el 2 de enero de 1984. Artículo 66 y 152.
- **Decreto 2591 de 1991:** Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Artículo 8.
- **Ley 472 de 1998:** Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Artículo 6.
- **Ley 678 de 2001:** Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Artículos 23 al 29.
- **Ley 1437 de 2011:** Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expedida el 18 de enero de 2011. Artículos 229 al 241.

6.3.4. JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL:

- Sentencia C-218 de 1996.
- Sentencia T-1232 de 2000.
- Sentencia T-945 de 2001.
- Sentencia C-426 de 2002.
- Sentencia C-662 de 2004.

- Sentencia C-1083 de 2005.
- Sentencias C-227 y C-228 de 2009.
- Sentencia C- 307 de 2009.
- Auto – 091 de 2010.

CONSEJO DE ESTADO:

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Veinticinco de Abril de Dos Mil Once, Radicación Número: 11001-03-15-000-2011-00451-00 Actor: Jaime Ramírez Romero, demandado: Juzgado Veintidós Civil Municipal y Otros. Tema: Acción de Tutela – Medida Cautelar/ Medida Provisional en Acción de Tutela.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Veinticuatro de enero de dos mil siete, Radicación Número: 25000-23-24-000-2005-01395-01(AG), Actor: Luis Francisco Bohórquez. Y Otros, Demandado: Superintendencia de la economía solidaria y otro.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Osteau de Lafont Piante, Treinta y uno de marzo de dos mil once. Radicación Número: 19001 2331 000 2010 00464 01(AP), Actor: Germán Adolfo Jiménez Valencia Y Otros, Demandado: Secretaría de Planeación Municipal y otro.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Veintisiete de mayo de dos mil diez. Radicación Número: 25000-23-27-000-2003-02137-01(AP), Actor: Joaquín Augusto Bedoya Rodríguez y Otros, Demandado: Departamento Administrativo de Planeación distrital y otro.

7. DISEÑO METODOLÓGICO

7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo descriptiva, ya que lo que se pretende es interpretar algunas categorías jurídicas.

7.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método de investigación a implementar en el presente trabajo, es el cualitativo con relación al de análisis y síntesis, debido al elemento cualitativo que reviste la misma investigación y que busca tomar como referencia los antecedentes legislativos que originan la categoría jurídica de las medidas cautelares.

7.3. INFORMACIÓN SECUNDARIA

La información secundaria, con la que se busca complementar la monografía de grado, consiste en hacer un análisis de la jurisprudencia internacional y la doctrina nacional e internacional que desarrollan el tema central del trabajo. De igual manera pretendemos aportar conceptos expresados de parte de los encargados de administrar justicia y los abogados litigantes conforme a su concepción y percepción de la institución de las medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

7.4. INFORMACIÓN PRIMARIA

La información primaria, con la cual se pretende desarrollar el tema objeto de estudio, está sustentada en el ordenamiento jurídico propio de la materia.

- Constitución Política de Colombia de 1991.
 - Decreto 01 de 1984.
 - Ley 1437 de 2011.
- Acciones Procesales Constitucionales:
- Decreto 2591 de 1991, que regula la acción de Tutela.
 - Ley 472 de 1997, que consagra las acciones populares y de grupo.
 - Ley 393 de 1997, que consagra las acciones de cumplimiento.
 - Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

8. TALENTO HUMANO Y RECURSOS TECNOLÓGICOS.

Talento Humano:

- Julián Ocampo Acevedo.
- José Belsar Rodríguez Rico.
- Lina Marcela Vinasco Vera.
- Carlos Andrés Toro Toro.

Recursos Tecnológicos:

- Uso de la Internet.
- Computadores.
- Memorias USB.

9. BIBLIOGRAFÍA

1. ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. Medidas cautelares en la acción de tutela, de restitución de inmueble arrendado y en la acción de repetición. Ponencia presentada al XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Edición: Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Bogotá. Año 2009.
2. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis Editores. Año 2011.
3. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Medidas cautelares en el nuevo código contencioso. Ámbito Jurídico. Bogotá – Legis Editores. Año 2011.
4. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Procesos declarativos. Editorial Temis, 4° edición., Bogotá. Año 2008.
5. BERIZONCE, Roberto Omar. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. Ponencia presentada al XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Edición: Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Bogotá. Año 2009.
6. CASTAÑO PARRA, Daniel. La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo Colombiano: hacia un modelo de Justicia Provisional, Ponencia presentada en la XI Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Septiembre de 2010.
7. CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Ediciones Universidad Javeriana. Bogotá. Año 2007.

8. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Acceso a la Justicia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ponencia presentada al XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Edición: Departamento de Publicaciones Universidad Libre. Bogotá. Año 2009.
9. FAJARDO GÓMEZ, Mauricio. Medidas Cautelares, Libro de Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo, ediciones Imprenta Nacional, 2011.
10. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares, 3 edición, Madrid Thompson – Civitas. Año 2004.
11. GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. Las medidas cautelares en las acciones populares y de grupo “*Dos regímenes antagónicos*”. Ponencia presentada al XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Edición: Departamento de Publicaciones Universidad Libre. Bogotá. Año 2009.
12. HINESTROSA FORERO, Fernando, discurso de apertura del XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Edición: Departamento de Publicaciones Universidad Libre. Bogotá. Año 2001.
13. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. 9° edición, Bogotá – Dupré Editores. Año 2009.
14. SANABRIA SANTOS, Henry. Medidas Cautelares en los procesos declarativos modernos relativos a la protección de la propiedad industrial y a la competencia desleal. Ponencia presentada al XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Edición: Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Bogotá. Año 2009.