

**APLICACIÓN DE LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS EN MATERIA
PROCESAL. ANÁLISIS DE LAS VICISITUDES EN LAS LEYES 1437 DE 2011 Y 1564
DE 2012**

**AUTOR:
DEYNA JOHANA BELTRÁN GONZÁLEZ**

**DIRECTOR:
Phd. EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA**

**UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
EL SOCORRO, SANTANDER
2019**

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS NACIONALES

PRESIDENTE NACIONAL

JORGE ALARCÓN NIÑO

RECTOR NACIONAL

FERNANDO DEJANÓN RODRÍGUEZ

CENSOR NACIONAL

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

SECRETARIA GENERAL

ANA ERIKA JINETH PEÑA CASTELLANOS

AUTORIDADES SECCIONALES

PRESIDENTE –RECTOR SECCIONAL

NELSON OMAR MANCILLA MEDIA

DIRECTOR SECCIONAL DE INVESTIGACIÓN

HAIMAR ARIEL VEGA SERRANO

DECANO FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

WOLFANG JAVIER FERNANDO URIBE MENESES

COORDINADOR MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

MANUEL FERNANDO RAMÍREZ LAMUS

COORDINADOR INVESTIGACIÓN DERECHO

CESAR MAURICIO ENCISO SILVA

Jurados: Dr. Manuel Fernando Ramírez Lamus

Dr. Wilman Rafael Guerrero Simanca

AGRADECIMIENTOS

A mis padres por su siempre compañía.
A mis hijos adorados por ser mi mejor motor,
Y a mi esposo, por creer en mí y darme todo su amor y apoyo.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	6
1. Problema de investigación	7
2. Hipótesis	9
3. Objetivos	9
3.1. Objetivo general	9
3.2. Objetivos específicos.....	10
4. Metodología de investigación	10
CAPÍTULO I.....	11
ALGUNAS VICISITUDES DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	11
5. De los procesos ejecutivos	12
6. Condena en costas.....	13
7. Juramento estimatorio.....	16
8. Contradicción del Dictamen Pericial	19
9. Pruebas de oficio.....	22
10. De las excepciones previas.....	24
11. Requisito de procedibilidad.....	25
CAPÍTULO II	29
ANÁLISIS DE LAS SALIDAS A LAS VICISITUDES PROCESALES. UN PROBLEMA DE DECISIONISMO	29
12. El Decisionismo judicial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa	29
13. Decisionismo en las vicisitudes procesales	31
13.1. De los procesos ejecutivos.....	31

13.2.	Condena en Costas.....	40
13.3.	Juramento Estimatorio.....	45
13.4.	Contradicción del Dictamen Pericial.....	49
13.5.	Pruebas de Oficio.....	55
13.6.	De las excepciones previas.....	58
13.7.	Requisito de procedibilidad: La conciliación.....	62
CAPÍTULO III.....		66
DERROTABILIDAD DE NORMAS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: FUNDAMENTOS PARA SU APLICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE LAS VICISITUDES EN LA LEY 1437 DE 2011 Y LA LEY 1564 DE 2012.....		66
14.	Conceptualización.....	66
14.1.	La derrotabilidad de las normas jurídicas a partir de la indeterminación normativa.	73
14.2.	La derrotabilidad de las normas jurídicas a partir de la ponderación de normas y la regla <i>lex specialis</i>	76
14.3.	La derrotabilidad normativa a la luz de la Tutela Judicial Efectiva: Aproximación a la solución de las vicisitudes procesales.....	83
Conclusiones.....		94

APLICACIÓN DE LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS EN MATERIA PROCESAL. ANÁLISIS DE LAS VICISITUDES EN LAS LEYES 1437 DE 2011 Y 1564 DE 2012.

Introducción

Con la implementación de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso- se estableció su aplicación subsidiaria en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para asuntos que no tuvieran regulación expresa, lo que implicó una serie de interpretaciones en la práctica judicial frente a la integración de la normativa civil en materia administrativa, dando lugar a vicisitudes procesales, entendidas como el escenario donde se presentan diferentes alternativas de elección, afectando la seguridad jurídica y los derechos del administrado. En tal sentido, se pretende determinar qué herramientas permitirían desarrollar la actividad judicial conforme los principios y garantías de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, en el primer capítulo del presente proyecto de investigación se identificarán las vicisitudes de algunos aspectos procesales, cuándo se interpreta que se debe aplicar el Código General del Proceso en el procedimiento contencioso administrativo y cuándo el estatuto contencioso tiene identidad propia para resolver sus controversias. En ese sentido, se desarrollaran temas como: los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.

La segunda parte del proyecto de investigación, establecerá la posición jurisprudencial que se ha tomado por los diferentes organismos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa frente a las vicisitudes y problemáticas en los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad. Al interior de ese capítulo, se podrá comprender la confrontación que en la práctica judicial ha persistido, pues se han evidenciado por las instancias judiciales involucradas, sendas posturas que no han permitido

tener seguridad jurídica en la resolución de las controversias judiciales puestas a consideración, evidenciando un problema de decisionismo judicial.

Por último, se analizará el principio de derrotabilidad de las leyes a la luz de la Tutela Judicial Efectiva como consecuencia de la indeterminación normativa, con el fin de establecer estrategias de solución a las problemáticas planteadas. Ahora bien, la necesidad de proponer el principio de la derrotabilidad para entender la problemática de la interpretación de las diferentes normas que gobiernan el procedimiento, se basa en el sistema jurídico Colombiano, que en principio dispone de un ordenamiento imperativo para los supuestos de hecho en conflicto. Sin embargo, la práctica judicial y las decisiones de los operadores judiciales han permitido visualizar que es un sistema dinámico, y no estático.

Conforme el anterior supuesto, de especial utilidad será la derrotabilidad de las normas, pues se cumple con conocer el espíritu o inspiración de la norma jurídica, dándole una cabal interpretación, y por tanto, que se colme si no en un sistema hermético sí en sistema consolidado para proyectar decisiones a futuro. Por eso se considera en el proyecto, que el principio de derrotabilidad merece una mirada de la teoría procesal, para luego resaltar su impacto en la aplicación del Código General del Proceso a la justicia contenciosa administrativa en el marco de aplicación de la Tutela Judicial Efectiva en Colombia para dar respuesta a las vicisitudes planteadas.

1. Problema de investigación

En el año 2011 la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con la implementación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- adelantó una propuesta de modernización que incluyó la celeridad en los procesos judiciales, así como la implementación del sistema oral como una forma de introducir efectividad en la justicia. Con la misma finalidad se impulsó el Código General del Proceso en el año 2012, a quien se le asignó como cláusula general, “el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción” (artículo 15).

De esa manera, la aplicación subsidiaria o de remisión del Código General del Proceso ha traído concepciones diversas en su utilización frente a procesos de la jurisdicción administrativa. De ello, se desprenden dos interpretaciones: en primer lugar, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para algunos aspectos tiene en su texto la integralidad suficientes para aplicarla *per se*, y en segundo lugar, el objetivo del principio integrador del derecho procesal civil es inminente, y por tanto, siempre es legítima la remisión a dicha codificación cuando no sea suficiente la integralidad de la norma de especialidad.

En tal sentido, ha surgido lo que para el presente trabajo se denominan “vicisitudes” definidas por la RAE (2019) como “orden sucesivo o alternativo de algo”, o dicho de otra manera, un ambiente que permite la existencia de posibilidades de interpretación, desde la adopción de normas establecidas constitucionalmente y las situaciones a las cuales se encuentren expuestas estas decisiones al caso en concreto.

Sin embargo, no hay que dejar de lado que estas vicisitudes también pueden afectar las normas adaptadas en la justificación de decisiones. Ejemplo de lo anterior, es el conflicto que se presenta al no saber cuándo se da identidad suficiente en el mismo ordenamiento jurídico administrativo para resolver sus cuestiones procesales, y cuándo es necesaria la utilización de la normativa civil para que no se tergiverse el resultado impuesto en la política legislativa, es decir, que la administración de justicia sea pronta, cumplida, eficaz (artículo 1 de la Ley 1285 de 2009), y de manera distintiva, se consolide la seguridad jurídica para todos los usuarios y comunidad jurídica en general.

Ahora bien, para poder entender la coyuntura expuesta, y que a su vez, permita aportar seguridad jurídica en el quehacer judicial administrativo, así como contar con garantías procesales para dar solución a las vicisitudes presentadas con la aplicación del Código General del Proceso a la justicia Contencioso Administrativa surgen herramientas como el sistema de derrotabilidad aplicado a normas y el principio de Tutela Judicial Efectiva. En

razón a lo anterior, la formulación del problema del presente trabajo de investigación se presenta en la siguiente pregunta: ¿cuál es la incidencia del principio de derrotabilidad de normas y la tutela judicial efectiva en la solución de las vicisitudes procesales presentadas con ocasión de la aplicación de la Ley 1564 de 2012 respecto de los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.?

2. Hipótesis

Las vicisitudes procesales presentadas con la aplicación del Código General del Proceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa pueden solucionarse a través del sistema de derrotabilidad de normas que aunque no implica un derogamiento de la norma sino la inaplicabilidad de la misma permite al operador judicial escoger entre una opción u otra. En consecuencia, la elección de la mejor alternativa depende en cada caso de la opción que resulta menos lesiva para el administrado, lo que implica que para poder aplicar un correcto sistema de derrotabilidad de normas se debe realizar un proceso de argumentación a la luz de la Tutela Judicial Efectiva, buscando el medio que resulte más óptimo para este derecho y que responda a los derechos del administrado y su confianza en el ordenamiento jurídico.

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Determinar cuál es la incidencia del principio de normas a la luz de la Tutela Judicial Efectiva en la solución de las vicisitudes procesales presentadas con ocasión de la aplicación de la Ley 1564 de 2012 en la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.

3.2. Objetivos específicos

- ❖ Identificar las vicisitudes procesales presentadas con ocasión de la aplicación la Ley 1564 de 2012 en la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.
- ❖ Establecer la postura jurisprudencial de los organismos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que da solución a las vicisitudes procesales en los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.
- ❖ Analizar la incidencia del principio de derrotabilidad de normas y la Tutela Judicial Efectiva para dar solución a las vicisitudes procesales planteadas.

4. Metodología de investigación

La Metodología del presente trabajo es analítico-descriptivo en la cual se realizará la indagación de los hechos, así como el análisis de los acontecimientos que dan lugar a la problemática. Por lo tanto, desde este enfoque se podrá determinar cuál es la incidencia del principio de normas a la luz de la tutela judicial efectiva en la solución de las vicisitudes procesales presentadas con ocasión de la aplicación de la Ley 1564 de 2012 en la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.

Así mismo, el enfoque descriptivo permitirá establecer las principales características y relaciones que existen entre los diferentes pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales frente a las vicisitudes presentadas.

CAPÍTULO I

ALGUNAS VICISITUDES DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el año 2007 se estatuyó la modificación del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), con la intención de reducir los diferentes procedimientos judiciales de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, implementar nuevas instituciones, así como dar vida al sistema oral; lo anterior se concretó con la expedición el 2 de julio de 2012 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Con la implementación de esta normativa y posteriormente la entrada en vigencia del Código General del Proceso surgieron espacios que permitieron la generación de diferentes interpretaciones normativas por parte del operador judicial desde el punto de vista de la aplicación de la ley al caso específico. Ahora bien, dadas las connotaciones de subsidiariedad frente a algunas materias que permiten la remisión a la norma civil y que igualmente se reconoció en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo bajo el supuesto de que “en los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” (Ley 1437, 2011, art. 306) surge lo que se denominan vicisitudes, que para el presente estudio se entenderán como la posibilidad de alternar o variar la interpretación de una disposición normativa de carácter procesal civil o administrativo frente al caso en concreto.

En ese sentido, este capítulo abordará las vicisitudes originadas en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa permitiendo analizar la procedencia o no de la integración normativa que sugiere el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para aplicar las normas generales consagradas en las nuevas disposiciones

del Código General del Proceso, sobresaliendo los efectos procesales de su utilización y sus consecuencias en el aspecto práctico.

5. De los procesos ejecutivos

El legislador con la expedición de la Ley 80 de 1993, atribuyó a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el conocimiento de los procesos ejecutivos originados en un contrato estatal. Así, la competencia de dicha jurisdicción quedó restringida para las ejecuciones judiciales en contra de entidades públicas sin importar el régimen sustancial que le resultara aplicable. Al unísono, el Código Contencioso Administrativo, disponía como procedimiento propio la ejecución de procesos respecto de obligaciones definidas por decisión judicial.

En efecto, el artículo 75 del Estatuto Contractual les otorgó competencia a los jueces administrativos para conocer de las controversias que se originaran en títulos ejecutivos provenientes de un contrato estatal, allí no se definió el trámite que se debía adelantar procesalmente, de manera que, se asumió la remisión a las normas generales del Código de Procedimiento Civil. Posteriormente, con la Ley 446 de 1998, se le concedió atribución a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los procesos ejecutivos que tuvieran como título ejecutivo providencias judiciales condenatorias proferidas por la propia jurisdicción y se crearon normas especiales que aclararon aspectos, como la competencia por razón de la cuantía, caducidad, y las reglas de remisión a la normativa civil.

Es importante destacar que se amplió el área de conocimiento de los procesos ejecutivos por parte de la justicia administrativa con la Ley 678 de 2001 y recientemente con la Ley 1437 de 2011, que vino a ubicar dentro de sus objetivos el conocimiento de los procesos ejecutivos administrativos, sin que quede duda que le asiste competencia a dicha jurisdicción para conocer de procesos provenientes de contratos estatales, de providencias judiciales, y también de laudos arbitrales, entre otros.

Pues bien, ese marco normativo confluye con el advenimiento del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que pretendió suplir los vacíos con los que se enfrentó por varios años la Jurisdicción Contencioso Administrativa al tratar de articular e interpretar las normas procesales del proceso ejecutivo y lograr una mediana seguridad jurídica en las decisiones que se proferían. Empero, sigue siendo permisiva la remisión normativa al procedimiento civil, habida cuenta que el trámite siguió siendo un vacío en la nueva codificación, o como diría algunos, al ser una cuestión que ya estaba reglada en el estatuto procesal Colombiano no ameritaba más intromisión en su proceso.

Al respecto, la Ley 1437 de 2011 implicó el desarrollo de diferentes posiciones entre los operadores judiciales para quienes una primera opción es aceptar que el proceso ejecutivo en su integralidad (realización de audiencias, trámite de recursos) puede llevarse a cabo a la luz de la normativa civil. Sin embargo, no es una premisa generalmente aceptada, pues existe otro sector que concibe al Código General del Proceso como una norma eminentemente subsidiaria, de tal forma que se presentan en la actualidad pronunciamientos diferentes según sea la interpretación que adopte el operador judicial frente al caso en concreto.

6. Condena en costas

Las costas procesales se han definido como “aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”, y que se encuentra conformada por dos rubros: Las expensas y las agencias de derecho” (Corte Constitucional, Sentencia C-829, 2002). Es decir, el concepto de las costas del proceso está relacionado con “todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad. No. 2604-14, 2016).

Para contextualizar sobre la condena en costas, el artículo 361 del Código General del Proceso consagra que “las costas están integradas por su totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho” (Ley 1437, 2012). Entonces, las costas están relacionadas con los gastos realizados dentro de una actuación, que comprende gastos y agencias en derecho; los primeros, como pago de notificaciones, los necesarios para traslado de testigos y practicas periciales, entre otros; y los segundos, los que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso.

En el marco de la jurisdicción contenciosa, el asunto se consagra en el artículo 188, señalando que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil” (Ley 1437, 2011). Así pues, el artículo 365 del nuevo Código General del Proceso, en lo pertinente consagra que “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) que haya interpuesto. (...)” (Ley 1564, 2012).

Como se puede apreciar, el ordenamiento jurídico frente a las costas del procedimiento contencioso se circunscribió a lo normado en cuanto a su liquidación y ejecución en el Código de Procedimiento Civil -ahora Código General del Proceso-, pero ello ha originado diferentes posturas sobre la facultad del juez para decidir sobre su condena.

La primera de ellas, determinada por la Subsección A del Consejo de Estado, establece que a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Lo anterior, con base a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no” (Consejo de Estado, Rad. 1343-2014, 2015).

La misma Subsección A, varió la anterior postura en el año 2016, para acoger el criterio objetivo-Valorativo, en el que precisamente se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas y valorativo en razón a la apreciación que debe hacer el juez al evaluar el expediente, tal como lo prevé el Código General del Proceso para darle plena aplicación a su artículo 365.

En efecto, se concluyó que:

- a) “El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”
(Consejo de Estado, Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01, 2016)

Ahora bien, las disposiciones en esta materia han sido aplicadas de forma disímil por los operadores judiciales, para quienes un factor fundamental a la hora de evaluar la condena en costas es la conducta de la parte vencida, y para otros, este factor no tiene nada que ver para hacer tal señalamiento. De tal suerte, que se observa en la actualidad pronunciamientos diferentes por parte de los operadores judiciales quienes desde la interpretación de la ley argumentan el uso de una u otra disposición.

7. Juramento estimatorio

El juramento Estimatorio se ha concebido como una manifestación que “obedece a la transparencia y lealtad en el reclamo que en su beneficio hace la parte interesada por los indicados conceptos, al fijar el monto solicitado en una suma concreta que estima con juramento y que está en condiciones de acreditar con diferentes medios probatorios” (Cruz Tejada, 2017, p. 271). Ahora bien, desde el punto de vista judicial se concibe como “la afirmación solemne que una persona hace ante un juez, de decir la verdad en la declaración que hace” (Devis, 1984, p. 261).

Así mismo, se ha entendido como una “afirmación, bajo la gravedad del juramento, con la cual se da valor a una pretensión de condena de carácter patrimonial, sea indemnización, compensación, mejora o fruto” (Mahecha et al, p. 32). Una vez efectuado ese cálculo, la demanda definirá en qué rango de cuantía se establecerá y a quién deberá dirigirse la demanda en concordancia con el factor territorial.

También se ha incluido como medio probatorio de los señalados en los artículos 165 a 266 del Código General del Proceso, donde se concibe como una “modalidad de juramento deferido pero con la característica de que se debe explicar y justificar lo que se afirma y de

que no afirma hechos sino valores patrimoniales” (Mahecha et al, 2016, p. 43), de tal forma que, se considera única prueba hasta que no sea controvertido por el juez o la contraparte.

Para comprender este aspecto procesal, es necesario señalar que el artículo 206 del Código General del Proceso lo consagra de la siguiente manera:

Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Modificado por el art. 13, Ley 1743 de 2014. Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento... (Ley 1564, 2012)

Al respecto, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se contempla tan disposición como sí figura en la legislación civil, pues lo que se encuentra es que “se debe hacer una estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para establecer la competencia” (art. 162, Ley 1437, 2011).

La cuestión de controversia entonces, es, si dicho juramento estimatorio, debe ser integrado en el proceso contencioso administrativo. Lo anterior, en la medida que esta figura no está contemplada en la jurisdicción contenciosa como un requisito de admisibilidad de la demanda, sino que en su lugar, debe hacerse la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Como lo indica Sánchez Baptista, “la cuantía la estima la demanda razonadamente, es decir, exponiendo cada uno de los conceptos que se demandan (...) otorgándoles el valor en dinero que resulte de efectuar los cálculos matemáticos objetivos que dan lugar a su reclamación” (2017, p. 618). Sin embargo, se ha entendido que en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 la cláusula de remisión normativa a las normas procesales civiles para los asuntos no regulados permite la incorporación de esta figura a lo contencioso administrativo.

Este asunto ha sido tratado en la jurisprudencia del Consejo de Estado ya que se distinguen dos posiciones a saber: En primer lugar, la Sección Tercera “Consideró que la estimación juramentada introducida en el artículo 206 del Código General del Proceso no rige en materia contenciosa, pues no existe ningún vacío que permita acudir a esta codificación” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 63001233300020130011701).

Y en segundo lugar, la Sección Primera, estimó que la falta del “juramento estimatorio, de conformidad con el numeral 6 del artículo 90 del mismo Estatuto, da lugar a la inadmisión de la demanda, en virtud de la remisión normativa que trae el artículo 306 del CPACA al considerarla una disposición compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones

correspondientes a esta jurisdicción” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 250002341000201401260-01).

A pesar del tratamiento jurisprudencial no se ha establecido al unísono una postura conciliatoria frente al reconocimiento o no del juramento estimatorio en la Jurisdicción Contencioso administrativa.

8. Contradicción del Dictamen Pericial

El artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señaló que los procesos adelantados ante la Jurisdicción Contencioso administrativa, en lo que no esté expresamente regulado en dicho estatuto, se deberá dar aplicación, en materia probatoria, a las normas del Código General del Proceso. De tal suerte que, se deberán tener en cuenta sus disposiciones en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlos y los criterios para su valoración.

En referencia a la prueba pericial y su contradicción, la Ley 1437 de 2011 señala los requisitos de fondo y forma para la presentación del documento en el proceso. De esta forma establece las siguientes reglas, tales como: a) la declaración de que quien funge como perito, de no estar incurso en algunas de las causales impedimento contempladas en el artículo 219; b) la justificación de las razones técnicas de idoneidad y experiencia; c) presentación del concepto pericial, tomando en consideración los aspectos que puedan favorecer o causar perjuicio a cualquiera de las partes; y e) los documentos soporte.

Por su parte, el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, frente a la contradicción del dictamen pericial contempla que:

“Para la contradicción del dictamen se procederá así:

1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la

cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.

2. Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales.

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos.

3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código.”(Ley 1437, 2011).

En conclusión, como lo indica el Consejo de Estado en su texto de Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “el régimen probatorio del Nuevo Código Contencioso Administrativo consagra una serie de disposiciones especiales frente al Procedimiento Civil, en las que fundamentalmente se desarrollan principios constitucionales” (2011, p. 432).

Ahora bien, el Código General del Proceso modificó la contradicción del dictamen pericial en los siguientes aspectos: desapareció el trámite incidental de la objeción grave, permitió que la parte contra quien se aduce un dictamen pueda controvertirlo con otro dictamen, siempre que cumpla los requisitos establecidos. A su turno, el artículo 168 del Código General del Proceso estableció que el juez debe rechazar *in limine* las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas o inútiles. Lo expuesto, impone al juez la obligación de analizar las solicitudes probatorias que eleven las partes y considerar si cumplen, o no, con los requisitos de legalidad, conducencia y pertinencia, respecto de los hechos objeto del proceso, para proceder así a su decreto o, por el contrario, denegar su práctica.

Al respecto, el artículo 228 del Código General del Proceso consagra que¹:

“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya

¹ “En resumen, el Código General del Proceso modificó la contradicción del dictamen pericial en los siguientes aspectos: i) desapareció el trámite incidental de la objeción grave, lo cual no significa que se haya eliminado la posibilidad de plantear la objeción a través del interrogatorio o del contra-dictamen, sobre aquellas causas que anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, daban lugar la objeción grave o sobre otros aspectos orientados a que el dictamen sea desestimado; ii) eliminó el imperativo de realizar un trámite separado y previo para las aclaraciones y/o complementaciones, las cuales pueden solicitarse dentro del término del traslado del dictamen o en la audiencia, mediante el interrogatorio al perito; iii) la parte contra la que se aduce el dictamen puede solicitar el interrogatorio del perito o aportar otro dictamen, o realizar ambas actuaciones; iv) la parte contra la que se aduce el dictamen tiene la posibilidad de realizar preguntas asertivas o insinuantes; v) ambas partes tienen derecho a interrogar y contra-interrogar al perito. El contra-interrogatorio se hará en el orden que se fija para el testimonio, eso es, primero la parte que solicitó el respectivo interrogatorio y luego, aquella contra la que se aduce; iv) si el perito citado no asiste, el dictamen no tendrá valor, sin perjuicio de la posibilidad de obtener nueva fecha, por una vez, con fundamento en la excusa justificada; vi) en relación con el asesoramiento de expertos, el Código General del Proceso excluyó en forma expresa, el dictamen en asuntos de derecho. Igualmente se refirió a la posibilidad de aportar conceptos de abogados, los cuales serán tenidos en cuenta como alegaciones de las partes; vii) se reemplazó la posibilidad de allegar un concepto de expertos para controvertir el dictamen por la presentación de “otro dictamen”, es decir, que se debe presentar un contra-dictamen el cual se rige por las mismas reglas, condiciones y requisitos que fija el Código General del Proceso para el dictamen, con la excepción de que este último no puede ser objeto de un segundo contra-dictamen.” (Consejo de Estado, 2016, Rad. 56494).

sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

(...)

En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen”. (Art. 228, Ley 1564, 2012)

Dentro del anterior contexto normativo, la indagación que se plantea es si realmente debe obtenerse de la norma supletiva procesal el trámite para la contradicción del dictamen pericial, en el entendido que en el contencioso administrativo se cuenta con norma especial al respecto como lo establece el precitado artículo 220, que regula en su integridad este medio de prueba y su contradicción.

9. Pruebas de oficio

Las pruebas de oficio se han concebido como una herramienta que permite “la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, porque difícilmente se puede concebir el proceso como justo cuando la sentencia no se construye sobre la verdad”, como se indicó en la exposición de motivos del Código General del Proceso. En

ese orden de ideas, se le impone al juez el deber de decretar pruebas de oficio, cuando las considere pertinente en el proceso, para esclarecer los hechos y encontrar la verdad.

Pese a ello, como lo sostiene la Corte Constitucional, este deber no obedece a la mera liberalidad del juez sino que responde a ciertos supuestos, esto es: “**a.** cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; **b.** cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o **c.** cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material” (Sentencia SU 768, 2014).

Así mismo, lo ha indicado esa Corporación en sentencias como la T-264 de 2009 y la T-213 de 2012 “en relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas” (Corte Constitucional).

En el caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la prueba de oficio se encuentra contemplada en el artículo 213² de la Ley 1437 de 2011, del cual se puede extraer que se reconoce una oportunidad probatoria propiciada por el juez, una vez se alegue de conclusión pero antes de sentencia, en donde se podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda, practicándose dentro del

² ARTÍCULO 213. PRUEBAS DE OFICIO. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta.

término de hasta diez (10) días; y otra oportunidad es para las partes, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, en donde por una sola vez, podrán solicitar o aportar nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio, siendo practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta.

Para los efectos analizados, el artículo 170 de la Ley 1564 de 2012, regula la misma figura así:

DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes” (Ley 1564, 2012).

Conforme lo precitado, pareciera ser que esclarecido está la oportunidad, quién puede solicitar o decretar la prueba y el término para su práctica. Empero, dentro de la práctica judicial, esta disposición no deja de mostrar vacío, el cual pudiera ser complementado con el estatuto procesal civil que trata el mismo asunto, especialmente porque el Código General del Proceso, permite que las pruebas decretadas de oficio estén sujetas a la contradicción de las partes, lo cual para algunos operadores judiciales, no sucede en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

10. De las excepciones previas

Frente a las excepciones previas, el debate se centra de nuevo, en si debe haber remisión de normas del Código General del Proceso, que traten sobre el trámite a seguir para resolverlas, o si únicamente la utilización de dicho estatuto es para extraer la lista excepciones previas, en la medida que en la Jurisdicción Contenciosa no están previstas.

Así, el artículo 180 del CPACA, dispone que el juez o magistrado ponente de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y otras taxativamente enunciadas, y además, que el auto que decida sobre las excepciones “será susceptible de recurso de apelación o de súplica según el caso” (Ley 1437, 2011). Este último aspecto, es lo que le hace pensar a algunos operadores judiciales que no existe discusión alguna, pues todas las excepciones que se resuelvan en la audiencia inicial dentro de los procesos contenciosos administrativos son apelables, y que el trámite está consignado en la misma codificación.

Pero contrario a lo anterior, para otro sector judicial la conclusión no es tan clara, dejando en consideración, que sí existe remisión para atender el listado de excepciones previas que dispone el Código General del Proceso, entonces su trámite debe ser integrado con el estatuto procesal, lo que a la postre traería como resultado que las excepciones previas no están sujetas de apelación, conforme el artículo 321 del mismo estatuto, que no las consagra como decisiones apelables.

11. Requisito de procedibilidad

El requisito de procedibilidad es otro aspecto que impacta en su aplicación dentro de los procesos contenciosos administrativos, toda vez que existe lo que algunos han denominado antinomia, frente a las disposiciones contenidas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa -Ley 1437 de 2011- y el Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-.

Ahora bien, los requisitos previos para demandar según en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, están contemplados en su artículo 161 así:

Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997.

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.

5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.

6. Declarado Inexequible por la Sentencia C-283 del 3 de mayo de 2017. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de

procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente. (Ley 1437, 2011)

Si se mira sin brecha la norma del CPACA, la conclusión a la que se podría llegar, es que existe el requisito de procedibilidad en la mayoría de los procesos contenciosos. Ello, con mayor razón si se atiende la postura del Consejo de Estado, que entiende que:

En materia contencioso administrativa se introdujo la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001. En dichas leyes se precisó que en los procesos contenciosos administrativos sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales.(...) el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales y, la Ley 1285 de 2009, la estableció como tal para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. (Consejo de Estado, Rad. 58018, 2017)

En lo referente a la conciliación extrajudicial surge un fenómeno frente a la integración de la normativa del Estatuto Civil, así pues, el artículo 613 de la Ley 1562 de 2012, señala que ella no es una norma integradora o supletiva, sino todo lo contrario. Es decir, esta es una norma definida para asuntos inclusive de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estableciendo que “Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso” (Ley 1564, 2012).

De lo expuesto en este acápite se puede colegir que los nuevos estatutos procesales tanto el general como el administrativo, emergen de la necesidad de consolidar en el

ordenamiento jurídico una real y efectiva tutela judicial, así como un régimen de garantías materiales en búsqueda del acceso oportuno a la administración de justicia. Sin embargo, existen regulaciones que gozan de legalidad en su contenido, su literalidad proporcionan sendas interpretaciones, que han sido utilizadas por los operadores judiciales según su parecer, discrecionalidad y subjetiva conciencia jurídica, trayendo diferentes decisiones para una misma casuística; siendo esta una situación que merece atención y un planteamiento que desarrolle una tarifa única o por lo menos más cercana a una concreción jurídica uniforme.

Con el ejercicio de confrontación decantado en este capítulo, pudiera decirse que el nuevo Código Contencioso Administrativo, pretendió ser lo más completo para su especialidad, lo cual no se puede desconocer. Con todo, no lo logra y de ahí que deba mantenerse la remisión al derecho procesal general, siendo inevitable llegar a establecer los impactos que implica la utilización del Código General del Proceso en los procesos contenciosos administrativos, sea a título de integralidad o a título supletivo, los cuales causan problemáticas como las ya reseñadas.

Así pues, una especial atención merece la herramienta o instrumento que fomente soluciones legales sustentadas en el devenir de la política legislativa, en la practicidad de los objetivos que tiene la Jurisdicción Contencioso Administrativa o lograrse una mejor comprensión de las disposiciones que se deben aplicar en conocimientos atribuidos al Código General del Proceso, pues el escenario que se evidencia en la actualidad es de decisionismo como se procede a analizar frente a cada una las vicisitudes previamente anotadas.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS SALIDAS A LAS VICISITUDES PROCESALES. UN PROBLEMA DE DECISIONISMO

En la actualidad se han desarrollado diferentes concepciones frente al papel del juez en el derecho y en especial, lo que tiene que ver a la interpretación de las normas que realiza cuando conoce del proceso y administra justicia en razón a ello. Sobre el anterior asunto, se han visto situaciones como lo indica Carcova de las cuales se desprenden dos fenómenos, tales como: de un lado, la creciente demanda del sistema político que requiere del juez un mayor protagonismo, y de otro lado, el aumento de complejidad social o el cambio de normativas en los casos que son puestos a su conocimiento, que implica que este funcionario deje de someterse a lo que está estrictamente estipulado en la ley, para interpretar la norma frente al caso en concreto (1994, p. 32).

Sin embargo, en razón a esa labor del operador judicial se han presentado una pluralidad de pronunciamientos que no permiten establecer criterios objetivos para emitir pronunciamientos judiciales que respondan a una correcta administración de justicia, lo que ha conllevado a un alto decisionismo judicial.

12. El Decisionismo judicial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Como consecuencia del nuevo papel del juez, ya no como convidado de piedra sino como un sujeto activo en el proceso, si se tiene en cuenta que “en muchos casos los hechos no se pueden subsumir fácilmente bajo una regla generalmente aceptada que justifique pasar de los hechos a la decisión” (Feteris, 2007, p. 214), se hace necesario interpretar o reinterpretar la ley. De allí, surge lo que algunos han denominado el paradigma decisionista, el cual concibe “todo derecho como decisión y toda decisión como acto de poder. Pues también el orden jurídico descansa en una decisión y no en una norma o sistema legal” (Schmitt, 2009, p. 16).

En palabras de Noretto, el decisionismo se evidencia en la medida en que la norma es analizada frente a un caso difícil o complejo que permite “en aquellas situaciones excepcionales en las que el orden jurídico en su conjunto se encuentra amenazado (...) tomar medidas excepcionales, medidas no previstas en el ordenamiento jurídico vigente e incluso reñidas con sus preceptos” (2015, p. 296); lo que implica el desarrollo de nuevos escenarios jurídicos que permitan pronunciamientos excepcionales frente a lo normalmente aceptado.

Bajo esa idea, Schmitt establece que estas situaciones excepcionales se caracterizan por tener los siguientes elementos: En primer lugar, la decisión que toma el operador judicial es autónoma en virtud de la excepcionalidad que da el caso concreto; en segundo lugar, con la decisión se busca normalizar una situación que es excepcional, y por último, es orientada por una decisión de carácter personal tomada por el operador judicial (Schmitt, 2001, pp. 26-40). Es así que el operador judicial es quien en última instancia decide el caso en concreto, estableciendo reglas de juego que permiten una pluralidad de decisiones en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, las decisiones jurídicas son aquellas de “carácter normativo, es decir, a las que producen, modifican o derogan normas y otros estándares de un ordenamiento jurídico cualquiera, y que, por lo mismo, son adoptadas por quienes se hallan investidos de dicha competencia por el propio ordenamiento jurídico” (Squella Narducci, 2006, p. 280). Pero esto no quiere indicar que sea solo “entender-interpretar una ley o norma comprendería captar racionalmente las relaciones que la norma mantiene con otros aspectos o enunciados –políticos, valorativos, históricos, etcétera– del discurso hermenéutico jurídico, pues la interpretación jurídica es algo más que una cuestión lingüística” (Vernengo, 1994, p. 20).

Pese a esta aclaración, en la práctica, se vienen presentando problemáticas, pues la decisión jurídica fundamenta el análisis de la norma en el poder que tiene el operador judicial. Con ello, como lo señala Curco Cobos se desarrollan dos fenómenos, a saber: “a. Comete la falacia naturalista (esto es, explica lo normativo —la ley— derivándolo de lo fáctico —la decisión), y b. Concibe la decisión en términos lógico y ontológicamente muy

poco plausibles, al describirla como un acto de voluntad desvinculado de todo contexto, orden o marco de referencia” (2013, p. 100).

Las decisiones jurídicas en un Estado Social de Derecho deben responder a valores y a los fines esenciales del Estado que han sido definidos por el legislador. Desde esta perspectiva señala Garrido Gómez que “el Derecho positivo tiene que responder a una sistematicidad constructiva de un mecanismo de seguridad que remita a valores, como la libertad, la seguridad y la igualdad” (2009, p. 57). Sin embargo, la realidad que presenta el tránsito normativo entre la ley contenciosa y el Código General del Proceso, es un sinnúmero de decisiones que no garantizan los fines ni los principios esenciales del Estado, ni de la administración de justicia.

Así pues, el fenómeno del decisionismo se ha visto como figura principal en las vicisitudes presentadas frente a la integración del Estatuto Civil –Código General del Proceso- en la Jurisdicción Contencioso Administrativa bajo las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, donde se han desarrollado variadas posiciones frente a los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.

13. Decisionismo en las vicisitudes procesales

13.1. De los procesos ejecutivos

El proceso ejecutivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue reconocido a través de la Ley 80 de 1993, Ley 678 de 2011 y posteriormente con la Ley 1437 de 2011, que definieron las etapas procesales para conocer de los procesos provenientes de contratos estatales, providencias judiciales, y también de laudos arbitrales; así mismo, “la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad civil patrimonial de los agentes estatales, por vía del llamamiento en garantía, o el auto aprobatorio de la conciliación extrajudicial

debidamente ejecutoriado, prestará mérito ejecutivo por vía de la jurisdicción coactiva” (Ley 678, 2000, art. 16).

A su turno, con la promulgación del Código General del Proceso se suscitó el debate de si la normatividad aplicable al proceso ejecutivo era suficiente o carecía de regulación íntegra, dejando vacíos que podían suplirse a través del Estatuto Civil. Al respecto, se dijo por algunos operadores judiciales que el proceso ejecutivo carecía de regulación propia en referencia al procedimiento que determina la Ley 1437 de 2011, de tal suerte que a partir del 1 de Enero de 2014, debía estarse a lo dispuesto en la normativa civil del Código General del Proceso.

Dicha postura, no es una posición generalmente aceptada, ya que otro sector considera que la Ley 1437 de 2011 contempla en su articulado directrices para el proceso ejecutivo, como los es, el tema de recursos, de lo cual se desprende que se procederá de conformidad con la precitada ley. Así pues, esas variadas premisas se acentúan cuando se interpreta la incidencia del parágrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto al trámite de las apelaciones y práctica judicial que de ella recae, pues la disposición preceptúa que “la apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el proceso civil” (Ley 1437, 2011).

Esto último, es lo que hace suponer como lo ha indicado el Tribunal Administrativo de Boyacá “que habría una restricción legal de la integración normativa con el Código General del Proceso para el trámite inclusive de la apelación de los procesos ejecutivos de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” (Rad. 150013333013201400206-00, 2017). Pronunciamiento que se opone abiertamente a lo estipulado por el Consejo de Estado, que reconoce que “ante la falta de procedimiento establecido en los procesos ejecutivos que se adelantan en dicha jurisdicción, el trámite corresponde conforme con el procedimiento previsto en el CGP” (Consejo de Estado, radicado 11001-03-15-000- 2017-01491-00 AC, 2017).

Puede ser evidente, como lo sostiene el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, que el paso fundamental proveído en las disposiciones del CPACA, trajo para algunos operadores judiciales posiciones disímiles, asumiendo unos, que el proceso ejecutivo en sí mismo (trámite de excepciones, realización de audiencias, trámite de recurso), debe tener su desarrollo con base en el estatuto procesal y no en el CPACA, como quiera que en esta última no existe norma o reglas especiales que le sean propias para dicho proceso especial (Rad. 27001-33-33-001-2008-00251-00, 2014), mientras que para otros, no deja de ser el Código General del Proceso una norma supletiva obligatoria en su aplicación.

Esas aristas se pueden concretar *verbi gracia* con la posición asumida por un Juez de la República³ y el contrario ejercicio de interpretación que asumió su superior:

Como quiera que el asunto fue puesto en conocimiento a través del medio de control del proceso ejecutivo, es necesario precisar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no contempla un procedimiento especial para efectos del trámite de dicho proceso; por eso en virtud del artículo 308 *ibidem*, para los aspectos no regulados, debe acudir al Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso, con la salvedad contenida en su artículo 625 numeral 4, en donde se establece que los procesos ejecutivos en curso, se tramitarán hasta el vencimiento del término para proponer excepciones con base en la legislación anterior. Vencido dicho término el proceso continuará su trámite conforme a las reglas establecidas en el Código General del Proceso.

Lo anterior debe quedar claro, como quiera que el *a quo* desarrollando la audiencia de instrucción y juzgamiento que trata el artículo 373 del CGP, consideró oportuno hacer remisión al artículo 247 del CPACA para el trámite de la interposición, sustentación y concesión del recurso de apelación contra el fallo proferido en la audiencia referida. Lo cual, si bien no es objeto de impugnación, es de señalarse por esta Corporación, que otra interpretación al respecto se considera, pues debía

³ Al respecto ver: Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, providencia del 3 de agosto de 2016, radicado: 150013333013201400206-00.

aplicarse íntegramente las disposiciones del proceso ejecutivo consagradas en el CGP, es decir, que la interposición y sustentación debían realizarse en la audiencia y en ese mismo momento procesal debía resolverse sobre su procedencia; no obstante, como quiera que no se evidencia vulneración alguna que amerite pronunciamiento al respecto, y advirtiendo que el recurso fue interpuesto y sustentado en la audiencia que profirió la sentencia que ahora se recurre, se resolverá en esta instancia lo que en derecho corresponda, conforme con los argumentos de la impugnación. (Tribunal Administrativo de Boyacá Rad. 150013333013201400206-01, 2017).

De igual manera, no solo los operadores judiciales tienen reparos con la interpretación y su consecuente aplicación de las normas. Para la comunidad jurídica existen situaciones que no siempre comulgan con las interpretaciones de quienes asumen las decisiones judiciales, de tal forma que sostienen que “El apoderado del demandante solicito reponer la decisión (...) No es cierto que el Código General del Proceso regule de manera especial la apelación de sentencias en procesos ejecutivos llevados dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativo” (Tribunal Administrativo de Boyacá, Rad. 15001233100020140104-01, 2017).

En el mismo sentido, un juez administrativo, al realizar la audiencia inicial advirtió que para efectos de la impugnación contra la sentencia se daría aplicación a lo establecido en el artículo 247 del CPACA, y el superior en posición de garante, consideró desafortunado la decisión señalando que:

La variación que introdujo el juez de primera instancia, por falta de aplicación integral de las normas del CGP en la celebración de la audiencia inicial, radica en que una vez notificó a las partes de la sentencia estimatoria proferida en la misma, acudió al art. 247 del CPACA para efectos de la impugnación de dicha decisión; circunstancia que implica dar un trámite distinto al previsto en la ley para los procesos ejecutivos que se ventilan ante esta jurisdicción.

Las consecuencias procesales serían catastróficas si se aplicara la literalidad del precepto citado (art 322) del C G del P, pues simplemente los recursos tendrían que calificarse como extemporáneos e inadmitirse en esta instancia; solución que la Sala excluye expresamente pues ha mediado inducción en error por la determinación judicial, la cual, por lo demás, carece de explicación o motivación. (Tribunal administrativo de Casanare, radicado 85001-333-002-2013-00315-01, 2015).

La discusión jurídica pareciera ya estar zanjada por el Consejo de Estado, cuando en el año 2017 sostuvo que como instancia de cierre, que:

El correcto entendimiento del anterior precepto, no puede ser otro que aquel que surge del contenido literal del párrafo del artículo 243 del prenotado estatuto procesal, esto es, que la apelación solo se surta bajo las reglas de la Ley 1437 de 2011, si el recurso se deriva de decisiones que surjan en el trámite de procesos contenciosos administrativos, puesto que, de lo contrario, si la decisión controvertida nace del discurrir propio de procesos especiales que consten o que estén regulados en otros estatutos procesales, como es el caso de los procesos ejecutivos, la apelación necesariamente deberá desatarse bajo las disposiciones del CGP, porque de no ser así, tendríamos que en un mismo proceso ejecutivo, en la primera instancia se surte bajo las cuerdas de la Ley 1564 de 2012 y la segunda se tramitaría con base en la Ley 1437 de 2011, lo cual carece de toda justificación (Consejo de Estado, Rad.0577, 2017).

Nótese que la precitada providencia es tan solo un pronunciamiento que no marca uniformidad en el tema, pues no tiene la determinación ser sentencia de unificación ni de importancia jurídica, de manera que cualquier otra postura jurisprudencia puede ser asumida en el máximo órgano contencioso administrativo. Sin embargo, pareciera ser que la interpretación de formar integración normativa para aplicar el trámite procesal civil en asuntos de procesos ejecutivos, está asumiendo un solo camino, pues en providencia de septiembre de 2017, el Consejo de Estado volvió a señalar que:

La Sala destaca que, en efecto, la Ley 1437 de 2011 no estipuló un procedimiento para adelantar los procesos ejecutivos. La Ley 1437 de 2011, se refiere al proceso ejecutivo en los artículos 297, 298 y 299. Si bien el artículo 298 se titula 'procedimiento', lo cierto es que ese precepto normativo únicamente impone al juez el deber de hacer cumplir las obligaciones contenidas en ciertos títulos ejecutivos (sentencias y decisiones proferidas desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos), mas no describe un auténtico procedimiento de ejecución. (...) También es cierto que el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 prevé que los aspectos no regulados por ese Código se regirán por las disposiciones del Código General del Proceso. Por ende, ante la falta de procedimiento, los procesos ejecutivos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben tramitarse conforme con el procedimiento previsto en el Código General del Proceso (...) (Consejo de Estado, Rad. 11001-03-15-000-2017-01491-00(AC), 2017).⁴

Esta perspectiva, permite interiorizar que no siempre las normas, en el caso de los procesos ejecutivos, *prima facie* traen una concreta o determinante resolución jurídica y, por

⁴ Agrega además sobre el término para apelar las sentencias dictadas en los procesos ejecutivos:

(...) que no se desprende inequívocamente que deba ser el previsto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 (diez días). Por lo tanto, como no se trata de una conclusión inequívoca, es decir, que se infiera fácil y claramente de la disposición normativa, el juez natural está en condiciones de interpretar dicho precepto y adscribir la consecuencia que estime correcta, dentro de los límites de lo razonable. Precisamente, en ese ejercicio hermenéutico, el Tribunal Administrativo del Casanare expuso que la procedencia era un aspecto completamente distinto a la oportunidad y que, por lo tanto, la regla que se desprendía de ese párrafo era que solo se admitía la apelación frente a las decisiones que expresamente aceptara la Ley 1437 de 2011. Según esa regla, si el Código General del Proceso admite la apelación respecto de una decisión que no está prevista como apelable en la Ley 1437 de 2011, el recurso será improcedente. Téngase en cuenta, además, que el artículo 243 de la Ley 1437 enlistó el tipo de decisiones que admiten el recurso de apelación, de ahí que su párrafo deba ser interpretado en ese mismo contexto, es decir, sobre la admisibilidad del recurso frente a ciertas decisiones. Y es que, de hecho, el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 no hace alusión al término para apelar. (...) En resumen, el Tribunal Administrativo de Casanare interpretó el párrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y concluyó razonablemente que ese precepto normativo no estableció que el término para apelar las sentencias del proceso ejecutivo era el previsto en el artículo 247 de esa misma normativa, de ahí que debiera acudir al término del Código General del Proceso (artículo 322). (...) Las providencias judiciales del 10 de mayo de 2017 y del 24 de mayo de 2017, dictadas por el Tribunal Administrativo de Casanare, no incurrieron en defecto sustantivo, toda vez que la aplicación del artículo 322 del Código General del Proceso estuvo fundamentada en una interpretación razonable de las normas que regulan la materia. (Consejo de Estado, Rad. 11001-03-15-000-2017-01491-00 AC, 2017).

tanto, es válida la interpretación judicial para obtener una adecuada y razonada consecuencia jurídica. Empero, la práctica jurídica demuestra que no hay un criterio absoluto, y entonces, la consecuencia jurídica, tampoco lo es.

Así lo deja ver, una decisión en sede de tutela del Consejo de Estado, luego que se propiciara un ejercicio hermenéutico en la aplicación de las normas que se refieren al proceso ejecutivo y la apelación de sus providencias:

La Sala advierte que los Jueces y los Tribunales Administrativos son los jueces naturales en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por lo cual, al aplicar directamente las normas, tal hermenéutica no se puede considerar constitutiva de una vía de hecho, con sustento en la inconformidad de las partes frente a la misma, al punto de que las discrepancias razonables de interpretación de las normas jurídicas no suponen violación de derechos fundamentales y, en consecuencia, no pueden ser discutidas por la vía de la acción de tutela.

A juicio de la Corte, la vulneración directa se produce cuando (1) la interpretación efectuada por el funcionario es manifiestamente irrazonable, y, (2) la interpretación propuesta por los actores es la única admisible a la luz del texto constitucional. Adicionalmente, la Corte ha determinado que en aquellos casos en que la interpretación de una norma legal o reglamentaria, llevada a cabo por un servidor público, sea grosera y ostensiblemente inconstitucional y vulnere de forma clara y directa derechos fundamentales, la acción de tutela es procedente...” (...) **En efecto, la decisión del tribunal dejó de lado que el CPACA no contiene en su normativa el procedimiento del proceso ejecutivo y, por tal motivo se acude a las normas del estatuto procesal civil que regulan este proceso especial, en aplicación del artículo 306 del C.P.C, y por ende, se colige, la procedencia del recurso de apelación contra el auto que libre mandamiento parcial de pago, en virtud del artículo 243. ...”** En ese orden de ideas, la decisión del tribunal no fue debidamente razonada, por el contrario, **se apartó de las reglas de la interpretación judicial, en la medida en que si existe remisión al código de procedimiento civil para el**

trámite del proceso ejecutivo, se debe aplicar la norma sobre la apelación de las providencias propias de tal proceso, de lo contrario se vulnera el debido proceso judicial. Si bien es cierto, los jueces son autónomos para interpretar las normas y resolver los asuntos sometidos a su consideración, deben motivar sus decisiones acorde con el ordenamiento constitucional y legal, por lo que resultan atentatorias de los derechos fundamentales de los ciudadanos decisiones como la cuestionada emitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que impidió el ejercicio del derecho de impugnación de la decisión que afectó al accionante (Tribunal Administrativo de Magdalena, Rad. 11001-03-15-000-2013-02318-00, 2014).

Como se viene acotando, el CPACA en la segunda parte, título IX, introdujo algunas disposiciones relativas al proceso ejecutivo (artículos 297, 298 y 299), que se refieren de manera específica a: **(i)** cuáles son los documentos que constituyen título ejecutivo para efectos del CPACA; **(ii)** algunos parámetros relativos al procedimiento y **(iii)** lo relativo a la ejecución en materia de contratos y de condenas a entidades públicas. De esa configuración estructural, no hay más que decir, que se trata de un escaso marco normativo especial; sin embargo, ello estuvo provisto por el legislador cuando consagró en el artículo 306 de la misma normativa una cláusula de remisión al Código General del Proceso (CGP), en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponda tramitar a la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo.

La doctrina también ha dejado a la vista la vicisitud en el trámite procesal de los procesos ejecutivos de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En palabras de Arias, no existe regulación amplia frente al proceso ejecutivo en el CPACA, lo que admite una remisión *casi* que en bloque a las normas del Código General del Proceso. Así entonces, sin titubeo Arias sostiene que:

“Cuando la sentencia se profiera en forma oral, la apelación deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada o dentro de los 3 días siguientes precisando los reparos concretos, que son el insumo a su sustentación que se surte en segunda instancia (arts. 322.3 y 327 C.G.P.). El juez resolverá sobre la

procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, si el recurso se interpuso en la misma. Cuando solo se anuncie el sentido del fallo, la apelación deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los 3 días siguientes a su notificación por estado. Contra la sentencia de un proceso ejecutivo no puede proponerse recurso extraordinario de revisión o recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia ya que estos son propios de los procesos ordinarios”. (Arias, 2017, p. 156-157)

Por su parte, Garzón señala que existe un debate procesal relevante cuando se trata del contenido plasmado en el parágrafo del artículo 243 del CPACA, de lo cual considera que una adecuada interpretación, es que en materia de procedencia del recurso de apelación, no opera el principio de integración normativa, por cuanto ese medio de impugnación sólo procede contra las providencias judiciales que permita el nuevo CPACA, y que por tanto, el principio de integración solo surte efectos jurídicos para los asuntos que no estén expresamente regulados en el nuevo código, *verbi gracia*, en el caso de los medios de prueba en sede de apelación (2014, p. 628-631).

Itera Garzón, que la remisión al estatuto procesal, es para todos los aspectos procesales referidos a la apelación de autos y sentencias que no fueron regulados expresamente por el legislador, siempre y cuando no se trate de la procedibilidad del recurso, pues esto si es exclusivo del CPACA. De la literalidad del inciso en cita cuando se dice “*incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el proceso civil*”, entiende el doctrinante que son las cuestiones accesorias al proceso, que son los que se deciden de plano – artículo 210 - o trámites desarrollados mediante incidentes, que tienen aplicación en el CGP o a los “procesos” que se adelantan en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Entonces, aun cuando el trámite se regule con normas distintas al CPACA, la procedencia del recurso de apelación, se rige conforme el artículo 243, es decir, por el CPACA (2014, p. 628-629).

El autor citado concluye que la integración normativa para la procedencia del recurso, se mantiene conforme las normas del Código General del Proceso, para asuntos como los

procesos ejecutivos y la restitución de inmueble arrendado. Pero no deja de lado, otra tesis, basada en que la norma se refiere a “cualquier trámite”, dentro del cual queda comprometido el concepto jurídico de proceso (Garzón, 2014).

Otra postura, la señala por Tamayo, manifiesta que frente a la apelación de autos en los juicios ejecutivos será el especialmente previsto en el artículo 244 del CPACA. Por ello, el trámite de las apelaciones en los procesos ejecutivos administrativos, se deben surtir de acuerdo con las reglas especiales del CPACA, ya que su artículo 306, solo autoriza la remisión a las normas del CPC, y CGP, cuando hay vacíos, siendo firme en su apreciación, al manifestar que en este caso no sucede. Asegura el autor, que las nuevas disposiciones, como el artículo 247 del CPACA, advierte que el trámite de la apelación de sentencia en el juicio ejecutivo, se sujetan a las reglas allí establecidas; y que por lo tanto, ante este aspecto procesal el CPACA no tiene vacíos (2013, p. 688-689).

De lo expuesto hasta el momento, es fácil señalar que no ha sido posible establecer un criterio uniforme que permita dar seguridad al ciudadano frente a la administración de justicia en el caso concreto, dejando abierta la decisión a varias posibilidades como se ha anotado en el debate jurisprudencial presentado.

13.2. Condena en Costas

El criterio objetivo valorativo establecido por el Consejo de Estado mediante sentencia de 7 de Abril de 2016 implicó una variación frente a la forma como se debían imponer las costas procesales señalando que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil” (Art. 188, Ley 1437, 2011).

En razón a esta variación, el Consejo de Estado otorgó una potestad discrecional al operador judicial, quien haciendo uso de las herramientas de interpretación puede imponer costas procesales de forma total, parcial o abstenerse. Pese a ello, esta sentencia no ha sido

aceptada por todos los operadores judiciales quienes no ven este criterio como una sentencia de unificación, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en la normativa administrativa para ello.

De otro lado, la Subsección B del máximo órgano Contencioso Administrativo salió a reiterar posturas anteriormente utilizadas⁵, considerando que “el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como, la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quién resulta vencido, para que le sean impuestas”(Consejo de Estado, Rad. 4583-2013, 2015).

Así pues, ese sector judicial se apoya del **criterio subjetivo** para disponer de la condena en costas, siendo contundente en que el análisis prima con la necesidad de condenar a la parte vencida, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia. Para efectos de recordar, se trae algunos apartes, así:

Precisa la Sala que la condena en costas impuesta en el numeral OCTAVO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, debe revocarse puesto que, acogiendo el criterio de la Sección Segunda de esta Corporación, si bien el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, esa decisión debe resultar del análisis sobre la actuación procesal de las partes, y requiere que estén debidamente causadas y comprobadas. En el caso concreto no se evidencia conducta de la parte demandada que justifique la imposición de la condena en costas, motivo por el cual no hay lugar a las mismas, como tampoco a la condena en agencias en derecho en el entendido que estas últimas se encuentran comprendidas en las costas, de conformidad con el artículo 361 del CGP” (Consejo de Estado, Rad.

⁵ Al respecto ver: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Rad. 18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17)

81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14), 2017).

En otra oportunidad, señaló el Consejo de Estado en sentencia de 20 de Enero de 2015 en relación con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 que:

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de «decidir, mandar, proveer», es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial. La norma contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia (Consejo de Estado, Rad. 68001-23-31-000-2013-00075-01(1648-14), 2015).

Además de estos pronunciamientos, una reciente regla, determinó que dando aplicación al artículo 188 del CPACA y por remisión normativa al artículo 365 del Código General del Proceso, era menester para establecer la cuantía “tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas” (Ley 1564, 2012). Dada la anterior afirmación se abría la puerta a la posibilidad de hacer uso de un *test de proporcionalidad* para la fijación de las agencias en derecho el cual tiene una

división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. (Consejo de Estado, Rad. 55855, 2013).

Ante la interpretación modulada del Consejo de Estado, los operadores judiciales se han obligado a utilizar sus propias interpretaciones conforme los principios de la facultad de interpretación del juez y autonomía judicial, la posición más conveniente o cercana a la intención del legislador, ante la imposición de la condena en costas en la jurisdicción. A modo de ejemplo, se cita el siguiente:

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudir a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora. (Tribunal Administrativo de Boyacá, Rad. 150013333007201500130-01, 2018).

De los apartes jurisprudenciales referenciados se establece que en la actualidad no hay un criterio unificado al interior del Consejo de Estado sobre la condena en costas, o sus presupuestos, evidenciando dos posturas: En primer lugar, las Secciones Primera y Cuarta

consideran que tal decisión no es automática, correspondiendo a los jueces examinar la conducta asumida por las partes y determinar si estas se probaron y se causaron; y en segundo lugar, la Sección Segunda, considera que para efectos de evaluar la procedencia de la condena en costas, es necesario adoptar un criterio objetivo – valorativo, consistente en que el funcionario judicial debe valorar si se probaron y causaron como lo ordena el Código General del Proceso y proceder a condenar total o parcialmente, o incluso abstenerse de hacerlo de acuerdo a las reglas fijadas por el mismo código.

A juicio de algunos juzgados como puede observarse en la providencia traída a colación del Tribunal Administrativo de Boyacá, la tesis utilizada es la que mantiene tanto la Sección Primera como la Sección Cuarta del Consejo de Estado, aseverando que refleja la mejor interpretación de las normas que regulan lo referente a la condena en costas en los procesos que se surten en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ello, por cuanto la intención del legislador si hubiese sido la de consagrar un sistema automático de condenar en costas en estos procesos, como lo sostiene la Sección Segunda, tal voluntad se hubiese plasmado de manera clara en la ley, sencillamente estableciendo la obligación de condenas en costas a la parte vencida o a quien desiste de algún acto procesal como sucede con la aplicación del Código General del Proceso. Aunado a lo anterior, se dice que considerar que la condena en costas es automática, puede desestimular que las partes aleguen hechos nuevos y puedan desistir de las costas procesales lo que incide negativamente en la descongestión de la jurisdicción. (Tribunal Administrativo de Boyacá, Rad. 150013333007201500130-01, 2018).

Frente a lo expuesto, interpela Garzón que es claro lo consagrado por el legislador, y por tanto avala dicho cambio, en la medida que con anterioridad el juez de conocimiento tenía la discrecionalidad para valorar la conducta de las partes en el transcurso del proceso y así tomar la decisión de condenar en costas; mientras que con la nueva legislación, no importa la conducta asumida por la parte vencida, ya que en todo caso se dispondrá sobre la condena en costas, y por ende, es sencilla la remisión, para las reglas de la imposición al estatuto procesal civil (2014).

Dentro de las reflexiones al tema, si bien algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha considerado que no importa la conducta de la parte vencida, otros asumen dicho análisis como primera regla para definir la condena en costas. En tal sentido, la magistrada Martha Briceño de Valencia, en una intervención escrita para un encuentro jurisdiccional, indicó que le compete al legislador, bajo su ejercicio de libertad de configuración, prevenir las cargas procesales como lo son las costas, por ende, manifiesta que la Ley 1437 de 2011 adoptó un sistema eminentemente objetivo en la condena en costas.

De tal suerte sostuvo la Consejera de Estado que, si se observan de manera sistemática los artículos 178, 267 y 268 de la Ley 1347 de 2011, ellos establecen un mandato para el juez que lo conlleva forzosamente a producir la condena en costas, pues la disposición tiene la expresión “condenará”; pero que contrario a ello, está el artículo 188 de la misma disposición que contiene la expresión “dispondrá”; es decir, que no en todos los casos el juez de manera irreflexiva y automática debe condenar en costas a la parte vencida en la sentencia (Briceño, 2015, pp. 12-20).

La magistrada al defender dicho criterio, dijo que el legislador lo que hizo en el artículo 188 *ibídem* fue emplear una fórmula distinta para las demás precisiones que sí conllevan la condena en costas e inclusive, que es contraria a la contundencia con la que se leen el artículo 365 del Código General del Proceso. Con todo, la conclusión a la llegó es que se deber dejar abierta las tesis que sobre el asunto se presenta, advirtiendo que hasta el momento no existe una postura pacífica sobre la obligatoriedad de condenar en costas a la parte vencida en las sentencias dictadas en vigencia del nuevo Código Contencioso.

13.3. Juramento Estimatorio

Sobre el Juramento Estimatorio, el Consejo de Estado no ha decantado si se debe remitir a lo estipulado por la normativa del Código General del Proceso, por lo que la

controversia actual es si dicha figura, debe ser integrada en el proceso contencioso administrativo.

Para la Sección Tercera del Consejo de Estado, los parámetros para admitir la demanda dentro de la jurisdicción contenciosa están claramente definidos en la Ley 1437 de 2011, lo contrario sería transgredir el acceso a la administración de justicia y el debido proceso:

A los asuntos contenciosos administrativos se les aplicará en primer lugar las disposiciones del C.P.A.C.A., en virtud del carácter de especialidad de las mismas respecto a las del estatuto procesal general, las cuales establecen los requisitos formales de las demandas adelantadas ante esta jurisdicción en su artículo 162; el cual no contempla el juramento estimatorio como requisito de la demanda a diferencia de la estimación razonada de la cuantía” (Consejo de Estado, Rad. 56080, 2016).

La misma sección, en otra oportunidad sostuvo:

Se solicita que se declare la excepción de juramento estimatorio, toda vez que en la demanda no se realizó la misma y constituye un requisito para poder admitir la demanda, a consideración de la parte excepcionante, tal y como lo indica la jurisdicción ordinaria en el Código General del Proceso. Ahora bien, lo anterior no se encuentra contemplado por la Ley 1437 de 2011, normatividad vigente y aplicable al sub examine, y del cual cabría únicamente respecto del tema de la estimación razonada de la cuantía, el cual si constituye un requisito del libelo demandatorio para proceder con la admisión de la demanda propiamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que únicamente se deberán requerir las exigencias propias de esta jurisdicción, y que para el caso se cumple satisfactoriamente. Al respecto, se pone de presente, que ha sido criterio consolidado de este Despacho y de esta Corporación sostener que en aras de privilegiar el acceso efectivo a la administración de justicia y las garantías judiciales, al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda en esta jurisdicción, el juez “debe ajustar su raciocinio a los parámetros que le señalen [los artículos 161 a 164 de la ley 1437 de

2011], sin que le sea posible exigir requerimientos adicionales so pena de trasgredir el debido proceso y el derecho de acción de los demandantes.” En este asunto, la parte demandada excepciona la carencia de acreditación de un requisito de procedibilidad como lo es, en su criterio, la falta de juramento estimatorio. Pues bien tal alegación está llamada a ser desestimada, toda vez que el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, de ahí entonces, que lo alegado por la parte demandada no pueda ser considerado requisito previo que conduzca al rechazo de la demanda o a la ineptitud de la misma, pues el legislador de ninguna manera lo ha dotado como condición para el ejercicio de la acción. Por consiguiente, se desestimaré igualmente la excepción propuesta. (Consejo de Estado, Rad. 59358, 2017)

Esta situación, no ha sido un criterio unívoco, pues la Sección Primera de la misma Corporación, en otro pronunciamiento consideró que inevitablemente haciendo la integración normativa con el Código General del Proceso, el juramento estimatorio, debía ser un requisito o presupuesto de procedibilidad de la demanda:

Conocido el contenido de la actuación, la Sala considera que el *a quo* acertó al entender que el requisito previsto en el 206 del Código General del Proceso, relativo al juramento estimatorio, que de conformidad con el numeral 6 del artículo 90 del mismo Estatuto da lugar a la inadmisión de la demanda, es aplicable en materia contenciosa administrativa. En efecto, la Ley 1437 de 2011 establece en el artículo 306 que, en los aspectos no regulados se seguirá el Código de Procedimiento Civil (en este caso Código General del Proceso) en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción, y toda vez que el C.P.A. y C.A. no tiene pronunciamiento expreso sobre el juramento estimatorio, lo contemplado en dicho Estatuto General es aplicable. De la lectura de las pretensiones de la demanda, se concluye claramente que las mismas tienen un carácter indemnizatorio y se refieren a daños patrimoniales, sin embargo, la accionante no señaló por cada pretensión el monto que se solicita como restablecimiento ni expresó las razones por las que estima la suma reclamada, omisión que lleva a considerar que el requisito del juramento estimatorio no se encuentra satisfecho. La Sala insiste que las pretensiones de restablecimiento no

pueden presentarse de manera generalizada, pues dicha manifestación impide al juez determinar la cuantía y, consecuentemente, la competencia funcional para su conocimiento. En este orden de ideas, la Sala considera que le asistió razón al *a quo* y, por ende, el auto apelado debe confirmarse, toda vez, que la demandante debió atender cada uno de los requerimientos exigidos en la providencia del 11 de agosto de 2014, por la cual se dispuso inadmitir la demanda y, proceder a estimar razonadamente bajo juramento los perjuicios de la demanda. (Consejo de Estado, Rad. 25000-23-41-000-2014-01260-01, 2015)

Esta discusión también se ha analizado a nivel doctrinal, como ha sido el caso de Arias, quien sostiene, que si bien el “numeral 6 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 solo establece como requisito de la demanda la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia, ello no obsta para dar aplicación al juramento estimatorio que predica el artículo 206 del Código General del Proceso”. (Arias, 2017, p. 80)

En ese mismo sentido, afirmó la Corte Constitucional que el juramento estimatorio efectivamente es obligatorio en todo proceso donde se solicite el reconocimiento de una indemnización, compensación o pago de fruto o mejoras, que no es imperioso el presentar con la demanda experticias y que “la ausencia de recursos económicos no constituye un obstáculo para realizar un juramento estimatorio, pues en la mayoría de los casos es el propio demandante quien conoce el valor de los frutos, las mejoras y los perjuicios y si requiere de asesoría técnica puede solicitar el amparo de pobreza”; sin embargo, sostiene que cuando la norma se refiere a “todo proceso” le corresponde a los procesos de la Jurisdicción Civil. (Sentencia C-279, 2013)

En oposición a la postura jurisprudencial reseñada para Arias, éste precisa que no se trata de un requisito de demanda, sino de un medio de prueba, y por ende, es válida la remisión normativa:

Frente a la aplicabilidad del juramento estimatorio en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, creemos que el mismo no aplica como requisito de la demanda en lo

contencioso administrativo pues no aparece enunciado dentro de los que enlista el art. 162 del CPACA, a diferencia de lo regulado en el art. 82 del CGP. No obstante, una cosa es que aparezca como requisito de la demanda y otra como medio de prueba y frente a ello, consideramos que en este caso existe plena remisión del art. 211 del CPACA a todos los medios de prueba consagrados en el CGP, entre ellos al juramento estimatorio, por lo que, si voluntariamente un usuario de la jurisdicción contenciosa administrativa lo presenta dentro de la demanda, al mismo debe dársele el trámite que ordena el art. 206 del CGP. (Arias, 2017, p. 83)

Al respecto, Namén pregonla la inaplicabilidad del juramento en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Asevera que es una figura propia del régimen civil, contenido en los artículos 82 y 96 del Código General del Proceso, de la demanda y contestación de la demanda, siendo un debate puramente de intereses privados y de libre disposición; entre tanto, que los artículos 162 y 175 del CPACA, nada traen sobre ese contexto, siendo normas especiales y sin ausencia de vacíos para que se entienda que debe aplicarse normas del CGP al no está expresamente regulado por el CPACA. (2015, p. 63)

Afirma el autor precitado que existe incongruencia entre el artículo 206 del CGP con los procesos contencioso administrativo, pues estos involucran recursos públicos e intereses generales, cuya disposición se encuentra limitada y que implica que no puede dejarse a las entidades públicas, que normalmente actúan como parte demandada ante dicha jurisdicción, corriendo el riesgo de que, pese a la oficiosidad en la indagación que se le otorga al juez, se presenta omisiones y silencios que permitan tener por probada la cuantía solicitada en la demanda, generando eventualmente cuantiosas condenas para el Estado.

13.4. Contradicción del Dictamen Pericial

Como lo contempla la Ley 1437 de 2011, la contradicción del dictamen pericial está regulada en el artículo 220, el cual establece cómo debe surtirse esa etapa procesal. Sin embargo, ha surgido el debate de si debe acudirse a la normativa del Código General del Proceso, como norma subsidiaria que permita suplir vacíos.

Namén, sin tomar partida de la integración o no, insiste en la importancia del artículo 218 del CPACA, para acudir a la remisión de las normas del Procedimiento Civil. Cuenta del sistema original del proyecto de ley del CPACA, que tan solo las partes debían aportar los dictámenes periciales cuando pretendían probar hechos que requirieran conocimientos técnicos, científicos y artísticos, posición que asumió formalmente el CGP, sin que se regulará en ella la oportunidad ni la posibilidad de pedirle al juez que designe peritos. Es decir, que el CGP eliminó el dictamen de perito judicial a instancia o por solicitud de parte, y por lo mismo, suprimió la regulación sobre el trámite de aclaración y objeción, pues la contradicción se estructuró sobre la base de que al ser aportados en las oportunidades probatorias y antes de las audiencias, su contradicción se surte dentro de estas. Así, subsiste para el autor, características y distinciones en la prueba pericial entre las dos codificaciones, entre ellas que, en el CPACA, está previsto para la contradicción del dictamen pericial que se presente solicitud de aclaración o complementación y la objeción por error grave, mediante trámite especial previsto, según el artículo 222; entre tanto, quien opte por el CGP en ningún caso hará trámite especial de objeción, pues reitera, este fue eliminado en esa codificación. (2015)

Por su parte, Arias (2017) considera que lo que sucedía con la objeción grave con anterioridad a la nueva codificación era que se trataba de un trámite incidental; no obstante, este desapareció con el Código General del Proceso, motivo por lo cual, la finalidad del articulado del CPACA, es que en la misma audiencia de pruebas se realice un trámite *express* consistente en correr traslado para que las partes indaguen al perito y este pueda absolver las dudas en la misma audiencia.⁶

⁶ “... el hecho de que se presente un dictamen pericial por alguna de las partes no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la contradicción del mismo, la que se surte en la audiencia inicial con la interposición de las aclaraciones o adiciones que sean del caso, o la objeción por error grave, que sea de paso decirlo, desaparece como incidente dentro del CGP y, en consecuencia, no tiene un trámite a realizar en el proceso contencioso administrativo. Lo anterior responde al hecho, que cuando se estudian las modificaciones al CCA y se promulga el CPACA, aún existía la remisión al CPC y allí sí se contemplaba trámite propio cuando se presentaba objeción por error grave. Como quiera que ahora la remisión en los aspectos no contemplados en el CPACA debe hacerse al CGP, nace la duda frente al trámite que debe hacerse frente a la objeción por error grave pues en el CGP ya no existe el mismo. Creemos que, si se presenta objeción por error grave, simplemente debe correrse traslado

Ahora bien, como lo expresa Arias citando a Arboleda, es dable solicitar la práctica de un dictamen para demostrar el error grave de la pericia ordenada por el Juez o Magistrado en forma oficiosa o como resultado de petición de parte, ya que:

Una de las razones para que el dictamen se produjere verbalmente en la audiencia era justamente la de debatirlo en ella sin que hubiere la posibilidad de nuevos dictámenes o pruebas, concentrando y simplificando el periodo probatorio. La oralidad que se propone en el nuevo estatuto cambia la forma de litigar, y obliga a las partes a planificar la prueba y a exhibir de antemano todas las razones y elementos del juicio. (2017, p. 329)

Cosa distinta insiste el autor, es que se tenga la posibilidad de solicitar la objeción por error grave, lo que efectivamente es posible, pero que, como se mencionó, desaparece como trámite incidental en el Código General del Proceso, según lo establece el inciso 4 del artículo 228. Lo anterior supone que el mismo se desarrolla en la audiencia sin trámite, ni formalidad especial; aunque no se evidencia claro el ejercicio del derecho de contradicción frente al soporte probatorio de la objeción por error grave del dictamen decretado por el juez (bien del oficioso o bien del que se decreta como consecuencia de la solicitud de la parte).

Dos razones podrían confirmar lo citado por Arboleda (2011): “La primera, la manifestación expresa del numeral 3 del artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, cuando advierte que si el dictamen pericial hubiese sido decretado por el Juez, se cumplirá el debate de que habla el No. 2 del artículo en cita al interior de la audiencia de pruebas, excluyendo expresamente la manifestación del No. 1 del artículo en cita”, que establece que: “La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen”(Ley 1437, 2011). El No. 2 del artículo 220 del CPACA no contempla la posibilidad de un nuevo dictamen para probar las objeciones propuestas por las partes frente al decretado por el juez, y en modo alguno puede ordenar se practique. Considera entonces

del mismo al perito en la audiencia para que se pronuncie respecto del mismo y las partes lo indaguen a efectos de que se evidencie, si realmente se presentó. (Arias, 2017).

el autor, que esta última posibilidad está limitada frente al dictamen que es aportado por las partes con la demanda o la contestación, según lo enuncia el encabezado y el numeral 1 del artículo 220 del CPACA (En Arias, 2017).

La segunda razón se genera en el hecho de que, si bien es claro que la naturaleza de la prueba pericial como lo indica Parra Quijano “es una, que es la de aportar al proceso conocimientos especializados, ello es, elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia tenga” (2004. p. 627), no es dable que en la audiencia de pruebas se pretenda reabrir las oportunidades probatorias dadas para la audiencia inicial. Apoyado en la anterior cita, para Arias “al desaparecer el trámite incidental, la objeción debe ser un procedimiento desarrollado dentro de la audiencia y sin formalidades” (p. 99).

Para otro autor, Ochoa (2017), el problema que se visualiza en el dictamen pericial y su procedimiento, es que el CPACA dispone en principio que la experticia será regulada por las normas del CGP, según su artículo 218, es decir, que debe remitirse a las reglas procesales del dictamen pericial como medio probatorio; con la salvedad que es posible dicha remisión, cuando la ley general, esto es, la Ley 1437 no se ocupe del tema. Así las cosas, cuando se invoca objeción por error grave, el artículo 220 numeral 3 del CPACA faculta a las partes para que en la audiencia se pueda solicitar, no obstante, no establezca su propio trámite, y por tanto, la dificultad se presenta en la remisión, pues el CGP eliminó el trámite de objeción por error grave, según lo prevé el artículo 228 inciso final, siendo entonces necesario llegar a aplicar la hermenéutica legal para dirimir este conflicto, y de donde se extraen dos puntos de vista:

La primera, que al tratarse la Ley 1437 de una norma especial, deberá regular su procedimiento conforme con el artículo 228, numeral 3, y como quiera que el CGP no es norma posterior o no regula el procedimiento contencioso administrativo, ella no prima sobre la ley especial, por tanto, prevalece el criterio hermenéutico de especialidad.

La segunda postura, es acogerse a lo dispuesto en el Código General del Proceso, al ser una norma de carácter posterior, y porque en ella se regula la generalidad del medio de prueba. Se dice que el espíritu de la eliminación de la objeción por error grave, es porque suficiente son los otros mecanismos dispuesto para su control, como lo es la adición, la complementación, y los errores que informe al juez la parte en la contradicción; ello con base en principios, como lo es la celeridad en el proceso judicial. Para llenarse de más razones esta postura, se dice que el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, dispuso que cuando exista una norma nueva que regula íntegramente la materia prevalecerá esta última. Aunado a lo anterior, que al ser el Código General el estatuto que regula en su totalidad la pericia como medio de prueba, y por ende al traer expresa la prohibición, el trámite en el procedimiento administrativo tampoco es admisible.

De lo anterior, es correcto afirmar que para este autor conforme al criterio orgánico y la tesis sentada por la Corte Constitucional en sentencia C-755 de 2010 y C-901 de 2011, la inaplicación del trámite especial de error grave, sería la decisión más acorde al principio de celeridad y economía en materia procesal, siendo para él lo más sano, que se suprima el trámite de objeción del CPACA o en su defecto, estarse a lo que defina la jurisprudencia.

De manera más prudente autores como Sánchez, en su libro de Derecho Procesal Administrativo, en cuanto al decreto de pruebas, sostiene que frente a los medios probatorios, los requisitos de la petición, la validez, la aducción o incorporación al proceso, la ritualidad, y el valor probatorio, el proceso contencioso administrativo, se rigen por lo previsto en el CGP; igualmente, cuando habla de la audiencia de pruebas, indica que para evacuar las pruebas decretadas, lo serán con la ritualidad propia de su práctica en la forma establecida en el Código General del Proceso, sin entrar en discrepancias al respecto. (2017)

Por su parte, en la Cartilla de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se trata el tema sobre la “Audiencia Inicial y Audiencia de pruebas Ley 1437 de 2011”, en donde se señala que el criterio procesal pertinente, es que no hay integración normativa, cuando del trámite de objeción al dictamen pericial aportado por las partes se trata, porque el CPACA reguló

de modo especificó el trámite de la objeción al dictamen en el numeral 1 del artículo 220, independientemente del calificativo “error grave” o de simple “objeción”, si se entiende que el primero es una modalidad de la objeción, siendo este último un concepto más general. Se asegura además que el CPACA parte de un nuevo paradigma del juicio por audiencias, que implica la concentración de la producción, obtención y contradicción de la prueba. (p. 71-77)

Según propuesta por Arboleda (2012), existen dos tesis sobre el tema debatido. La primera, sostiene que la solicitud que contenga objeciones, aclaraciones o adiciones al dictamen se presenta en la audiencia inicial. Según el artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, las pruebas para demostrarlo se deben solicitar en las oportunidades probatorias definidas por el artículo 212 de la misma normativa, en donde según el autor se garantiza la igualdad entre las partes, y que en caso de requerir pruebas para demostrar el error grave, se deberá reformar la demanda de conformidad con el artículo 173 de la precitada norma, pues no puede solicitar pruebas en otra oportunidad.

Contrariando la tesis precitada, señala que la misma sólo puede aportar o solicitar pruebas en las oportunidades previstas en el artículo 212 del CPACA, olvidando que el CPACA regula otros momentos especiales, como el término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, en cuyo caso las partes podrán aportar o solicitar nuevas pruebas, por una sola vez. Además, que el inciso tercero del artículo 212, regula el derecho que tienen las partes de aportar o solicitar prueba pericial en las oportunidades allí previstas, pero en relación con las pretensiones y las excepciones del dictamen aportado, se puede formular en la audiencia y por tanto, en ese momento es viable solicitar o aportar pruebas en que se fundamente la objeción.

Deja ver el autor, que la objeción no necesariamente se puede formular con la contestación de la demanda, y si la objeción se formula en la audiencia debe ser de manera oral, siendo inviable que se solicite pruebas que fundamenten la objeción en la etapa anterior, y de manera escrita, obligando a la parte demandante a una eventual reforma de demanda.

Además, como lo sostiene Hernández, si la prueba pericial fue decretada de oficio, la objeción sólo se puede hacer en la audiencia de pruebas y como es obvio, es allí donde se podrá pedir las pruebas que fundamenten tal solicitud. (2015, p. 109-163).

13.5. Pruebas de Oficio

La Ley 1437 de 2011 en su artículo 213 reguló el tema de la prueba de oficio, señalando que en cualquiera de las instancias antes de dictarse sentencia, el Juez o Magistrado Ponente podía decretar de oficio las pruebas que considerara pertinentes, según el caso en concreto. Es así que emerge la posibilidad para el Juez, de decretar una prueba y de que se practique dentro de un término de 10 días.

Aunque pareciera que la normativa Contencioso Administrativa regula de forma íntegra esta materia, en la práctica judicial se presenta vacíos que podrían ser subsanados a la luz del artículo 170 del Código General del Proceso, que además de indicar los momentos en los cuales puede operar el decreto de pruebas de oficio, agrega que “las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”(Ley 1564, 2012), garantizando de forma más amplia la participación de las partes al controvertir esta clase de pruebas.

Para ilustrar el debate, se trae en síntesis una controversia producida en una providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, donde se deja abierta la discusión:

En un primer momento procesal se había resuelto declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso debatido a partir de la providencia proferida el 15 de abril de 2016, que trataba del auto que había abierto a pruebas de oficio por el *a quo*; la decisión adoptada se soportó en la postura jurisprudencial del Consejo de Estado, refiriéndose al artículo 169 del antiguo Código Contencioso Administrativo para señalar, entre otras razones, que el juez no podrá “inventarse” o *motu proprio* crear etapas diferentes para el ejercicio de decretar pruebas. En sentir del proyectista “el criterio expuesto tiene plena vigencia dado que la Ley 1437 de 2011, no trajo cambios de carácter sustancial en ese aspecto”.

Aterrizando al caso concreto, se afirmó por la ponente de la nulidad que el *a quo* luego del decreto probatorio señalado en la audiencia inicial llevada a cabo el 31 de agosto de 2015 y de la audiencia de pruebas del 27 de octubre de 2015, *decidió antes de escuchar las alegaciones* de las partes proferir el auto del 15 de abril de 2016, decretando pruebas de oficio. Sin embargo, no era la oportunidad procesal indicada, es decir, que lo hizo extemporáneamente y que no suficiente con ello, abrió nuevamente la etapa probatoria, decretando también extemporáneamente algunas pruebas solicitadas por la parte demandante, violando el debido proceso bajo la óptica de la nulidad constitucional, poniendo en riesgo el derecho de defensa de la parte contraria, pues marcó una nueva etapa probatoria.

Se manifestó también que con la actuación del juez se materializó la transgresión clara y objetiva de las normas que desarrollan los principios de preclusión y oportunidad probatoria y las reglas del proceso contencioso administrativo, pues se desconoció en el *sub lite*, las oportunidades probatorias estatuidas en la Ley 1437 de 2011.

Frente a la controversia jurídica, y recurriendo en súplica, otra decisión sustancial del debate se concibió de la siguiente manera:

Encuentra la Sala que decide en súplica, que el juez se valió de la novedad introducida en el inciso tercero del artículo 213 del CPACA para pronunciarse en auto del 18 de agosto de 2016 de las pruebas solicitadas por la parte demandante para contraprobar las pruebas decretadas de oficio (fl. 821-831), lo que *a posteriori* ameritó el recurso de apelación por las pruebas negadas. Valga mencionar, que el artículo 169 del CCA consagraba la oportunidad del decreto de pruebas de oficio, pero no estatuyó la contradicción de la misma, dejando en vilo el derecho de defensa de las partes, situación que se superó con el advenimiento del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, artículo 213), como quiera que ahora se permite que las partes aporten o soliciten pruebas para contraprobar las decretadas de manera oficiosa por el juez.

Lo expuesto, permite concluir que en el *sub judice*, el debido proceso estuvo presente a lo largo del proceso, sin que se entienda mal llevadas las etapas procesales completadas para el trámite de primera instancia.

Nótese que luego del recaudo de las pruebas decretadas de oficio, mediante auto del 11 de julio de 2016 (fl. 794) la juez ordenó correr traslado a las partes, de lo cual se podrá afirmar, que si bien el artículo 213 referido en estricto sentido no reguló la oportunidad procesal para realizar la contradicción de la prueba recaudada oficiosamente, en una sana integración normativa con el artículo 170 del CGP, es viable el traslado ordenado a las partes⁷, tal y como sucedió en el *sub lite*, pues precisamente con ello se está protegiendo el debido proceso.

Es importante igualmente resaltar que conforme con el artículo 29 Superior, el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen -sean de oficio o a petición de parte o sean incorporadas mediante auto de mejor proveer- deben ser objeto de traslado para que puedan ser controvertidas; por lo que se considera por la Sala que estuvo bien tramitado el traslado que se surtió dentro del proceso de la referencia.

De manera que, distinguiendo la oportunidad para contraprobar la prueba oficiosa, queda abierto un término especial de pruebas y debate, tal y como lo tramitó el *a quo* en el auto del 18 de agosto de 2016, en donde resolvió atender favorablemente algunas pruebas solicitadas por la parte demandante, pero también negó por improcedentes otras.

Las consideraciones plasmadas dejan ver entonces, que el procedimiento adelantado por el *a quo* luego de utilizar la facultad oficiosa, al margen de la conducta redundante y confusa de la parte demandante en su pedimento de pruebas y del control que debe mantener el juez para que no se abuse del momento procesal para aportar o solicitar aquellas dejadas por fuera de la oportunidad prevista en el artículo

⁷ Al respecto ver: Artículo 110 del CGP: "...Salvo norma en contrario, todo traslado que deba surtirse por fuera de audiencia, se surtirá en secretaría por el término de tres (3) días y no requerirá auto ni constancia en el expediente. Estos traslados se incluirán en una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente.

212 *ibídem*, estuvo debidamente direccionado, conforme a las circunstancias previstas en el inciso tercero del artículo 213 del CPACA. Por consiguiente, encuentra la Sala que no existió vulneración del debido proceso que trascienda al plano de la nulidad, debiendo revocarse la decisión suplicada, ordenando dar el trámite que corresponda al escrito de apelación interpuesto contra el auto que negó algunas pruebas. (Tribunal Administrativo de Boyacá, Rad. 150013333004201400231-02, 2014)

Frente a este aspecto en debate, el magistrado del Consejo de Estado Álvaro Namén da cuenta de las oportunidad en materia de prueba de oficio, en virtud a lo consagrado en el artículo 213 del CPACA, considerando que antes de fallar, cuando se decreten pruebas de oficio, por una sola vez, las partes podrán, aportar o solicitar nuevas pruebas, cuya práctica se considere indispensable para contraprobar aquellas decretadas de oficio, siempre que las nuevas pruebas aportadas o solicitadas por las partes estén relacionadas con las decretadas de oficio (2015).

Sea de precisar que el criterio expuesto por el autor, alcanza el análisis de la mera oportunidad probatoria, pero nada sostiene respecto del trámite que debe regir la contradicción o alcance de la misma. Debate que no se ha desarrollado a instancias del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, supeditando las decisiones a lo que mejor convenga en el caso concreto.

13.6. De las excepciones previas

La remisión que se hace al Código General del Proceso frente a las excepciones previas es un tema debatido por los operadores judiciales; ello, atendiendo a que si se extrae el listado de las excepciones previas consagradas en el CGP, la pregunta es, por qué su trámite no se acompasa con el contenido en el estatuto procesal, el cual trae como consecuencia según el artículo 321 de dicho estatuto, que las excepciones previas no están sujetas de recurso de apelación, contrariando por tanto algunas prácticas judiciales, que aplican el artículo 180 del

CPACA, para considerar que cualquier excepción “previa” o “mixta” resuelta en audiencia inicial le procede doble instancia.

El Consejo de Estado pareciera ser que cerró la interpretación sobre el asunto con la segunda postura expuesta, sin siquiera detenerse a ver la posibilidad del trámite y oportunidad de las excepciones previas conforme la remisión al Código General del Proceso, cuando decanto que todas las excepciones previas eran susceptibles de apelación, en virtud de lo consagrado en el artículo 180 del CPACA:

De conformidad con el artículo 150 del CPACA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de los autos “susceptibles de apelación”. Según el numeral sexto del artículo 180 ibídem, también son apelables los autos que decidan sobre las excepciones previas. Si bien se había interpretado que los únicos autos susceptibles del recurso de apelación eran los previstos en el artículo 243 del CPACA, mediante auto del 3 de julio de 2014, la Sala Plena de esta Corporación aclaró que contra la providencia que decida las excepciones también procede ese recurso. También interesa advertir que, de conformidad con el artículo 125 del CPACA, la presente providencia es de ponente, pues la decisión a tomar no se corresponde con ninguno de los supuestos descritos en los cuatro primeros numerales del artículo 243 ibídem. En ese contexto, al despacho le corresponde conocer del recurso de apelación contra el auto que declaró no probada la excepción de inepta demanda. (Consejo de Estado, Rad. 25000-23-37-000-2015-00490-01(22702), 2017)

Al margen de la procedencia o no de la apelación de las excepciones previas, también se ha sostenido por la doctrina que la proposición de las excepciones tanto en el Código General del Proceso como en el CPACA es distinta, y ello, hace necesario indagar sobre todo el trámite que a ellas les compete.

Al respecto Garzón manifiesta que el espíritu de la proposición de excepciones en el CGP es diferente a lo que se logra visualizar de las excepciones en el CPACA; *verbi gracia*,

las excepciones enunciadas en el artículo 101 del CGP no requieren práctica de pruebas, y deben definirse con anterioridad a la audiencia inicial “precisamente para proceder a sanear o a terminar el proceso antes de la audiencia inicial y evitar todo un desgaste judicial” y solamente las que requieran práctica de pruebas deben decidirse en la audiencia inicial; que por su parte, el CPACA permite que todas las excepciones puedan definirse en la audiencia inicial.

Según el autor, en la fase escrita del proceso contencioso administrativo el funcionario judicial, en ejercicio de su condición de director del proceso, debe pronunciarse de las que no requieren práctica de pruebas, por ejemplo, para no hacer toda la fase de admisión, reforma, traslado, reconvencción y con posteridad en la audiencia inicial, se declare la falta de jurisdicción” (2014, p. 425).

Ante tal interrogante, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, plasmó dos tesis existentes al respecto, la primera con respuesta negativa, es decir, que no existe integración procesal, pues las excepciones las reguló el CPACA de manera integral, a saber, en el artículo 175.3 y el parágrafo 2, 180.6, y en caso de falta de jurisdicción y competencia hay normas especiales como lo son los artículos 158 y 168.

La segunda tesis positiva sostiene, que sí es procedente la integración, porque el CPACA no dice cuáles son las excepciones previas, ni reguló de manera precisa la oportunidad y trámite de las mismas, se indica que el artículo 175.3 se refiere a las excepciones en general, pero guarda silencio respecto del trámite de la previas y mixtas que se pueden tramitar como previas; además, que el artículo 180.6 regula el extremo de la decisión pero no los requisitos formales, ni cómo se surte el traslado en la secretaría como lo hace el artículo 110 del Código General del Proceso, ni reguló las consecuencias si se subsanan por el demandante dentro del término del traslado, ni la forma en que se debe declarar su prosperidad una de ellas o varias de ellas, ni reguló la oponibilidad posterior de los mismos hechos, como sí lo consagra el artículo 102 del Código General del Proceso.

En este caso dice la tesis expuesta, que las reglas previstas en los artículos 101 y 102 del CGP, no son contrarias a la naturaleza del proceso contencioso administrativo, pues precisamente dan transparencia y asertividad a la defensa; por lo que quienes asumen esta postura, tendrían que aceptar que se trata de una integración normativa residual. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2014)

La anterior tesis, también tiene respaldo jurisprudencia en las providencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se expone que:

En virtud de la finalidad del proceso judicial -la efectividad de los derechos- el Juez goza de amplias potestades de saneamiento, en aras de que el proceso se rítue conforme al procedimiento legal y se profiera una sentencia de mérito al verificarse el cumplimiento de los presupuestos de validez y eficacia del proceso, potestades de las que puede hacer uso en cualquier etapa del mismo, por ejemplo, al momento de estudiar la demanda para su admisión o en la audiencia inicial, etapa procesal en la cual, acorde con lo dispuesto en el artículo 180.5 de la Ley 1437, el Juez, de oficio o a petición de parte, debe decidir los vicios que se hayan presentado y adoptar las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias.

Así, en virtud de la potestad de saneamiento, el Juez no sólo controlará los presupuestos de validez de la demanda, sino también las circunstancias constitutivas de nulidad (artículo 140 del Código de Procedimiento Civil) y aquellos hechos exceptivos previos que puedan afectar la validez y eficacia del proceso, amén de aquellas otras irregularidades que puedan incidir en su desenvolvimiento, que no encajen en una u otra de las categorías mencionadas. (Consejo de Estado, Rad. 08001-23-33-004-2012-00173-01 (20135), 2013)

Al respecto, desde la óptica de la *praxis*, pareciera tener más respaldo la tesis de la no integración normativa, pues lo que se denota es que se reconocen las excepciones previas enlistadas en el CGP, pero con el trámite consolidado en el CPACA, aplicando entonces, por ejemplo, para el recurso de apelación, su artículo 243 y resolviéndose todas bajo el postulado

del artículo 180 de la audiencia inicial; sin mayor cuestionamiento de qué sucedería si se reconoce como útil y supletivo el trámite del Código General del Proceso.

13.7. Requisito de procedibilidad: La conciliación

La conciliación como requisito de procedibilidad se encuentra contemplado para la mayoría de los procesos contenciosos como lo indica la Ley 640 de 2001, y en igual sentido lo hace la Ley 1437 de 2011. En lo que referente a la conciliación extrajudicial el CGP señala que no es una norma supletiva sino todo lo contrario, es decir, que es una norma que debe aplicarse a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De la lectura de las normas en cita, se han presentado controversias ante su aplicación, al punto de hacerse referencia por los operadores judiciales de la existencia de antinomia:

Lo anterior nos lleva a concluir que estamos frente a un problema de antinomia normativa toda vez que el CPACA, exige el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y el CGP, establece que cuando se solicita la práctica de medidas cautelares no se requieren el cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad.

Al respecto el Consejo de Estado dice: “Ante estos problemas hermenéuticos derivados de las antinomias normativas, el legislador dictó algunas reglas para solucionarlos, contenidas principalmente en las leyes 57 y 153 de 1887 que establecen los siguientes criterios: (i) *lex superior derogat inferiori* (la ley superior deroga a la inferior): este criterio refleja el principio de jerarquía normativa que informa la conformación de los ordenamientos jurídicos, pues determina que ante un conflicto entre normas de diferentes niveles jerárquicos, prevalecerá aquella que se ubique en el eslabón más alto, de conformidad con el entendimiento tradicional de la graduación normativa: Constitución, Ley y Reglamento. (ii) *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a la anterior): regla que pone el acento en el tiempo de expedición de la norma, se trata de un criterio cronológico, que privilegia la aplicación de la disposición promulgada con posterioridad. Finalmente, (iii) *lex*

specialis derogat generali (ley especial deroga la general): este criterio privilegia el contenido de la norma, así, cuando el conflicto se plantea entre una norma de carácter general y una especial, se aplicará ésta”.

Analizadas las anteriores disposiciones tenemos que de conformidad con la jerarquía normativa, no se aplica la primera regla por cuanto se trata de dos leyes ordinarias que tiene la misma jerarquía; en cuanto a la segunda regla tenemos que si bien el Código General del Proceso, Ley 1564 del 2012, es posterior a la Ley 1437 del 2011, el primero no deroga ni expresa ni tácitamente el CPACA, por el contrario hay una integración normativa, contenida en el artículo 306 del CPACA, que establece: “En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo” y otros artículos del CPACA, corroboran dicha integración como son los artículos 200, 208, 211 y 227.

Retomando tenemos que el CPACA, en su artículo 306 es claro al establecer que el C.P.C. hoy C.G.P., se aplica en los aspectos no regulados por el CPACA., y se tiene que en relación con el requisito de procedibilidad de la conciliación el CPACA, tiene norma expresa y es el artículo 161.

Luego el despacho considera que se debe aplicar la regla 3 es decir la ley especial deroga la ley general.

De conformidad con lo anterior el proceso de la referencia se le debe aplicar el CPACA, y no el C.G.P, debido a que el CPACA, es la norma especial por la cual nos debemos regir, en aplicación de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

Con respecto a la conciliación como requisito de procedibilidad el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, consigna que cuando los asuntos son conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a reparación directa entre otras.

En consecuencia, de lo anterior se debió agotar el requisito de procedibilidad – conciliación ya que conforme a las normas transcritas y el acápite de las pretensiones (fl. 1) se trata de un asunto conciliable, que admite por su naturaleza discusión, negociación y transacción a través de este mecanismo de resolución alternativa del conflicto, actuación que no fue acreditada en el proceso de la referencia por los demandantes. (Tribunal Contencioso Administrativo Oral Del Chocó Rad. 27001-23-33-003-2017-00003-00, 2017)

Así, no otra cosa termina por relucir, y es que el requisito de procedibilidad trae una alternativa previa de la resolución del conflicto, empero, la indefinición de su reglada aplicación en algunos asuntos, como lo es, cuando existe medida cautelar, la hace un aspecto falto de consolidación en estricto derecho procesal; y con mayor razón, cuando el Código General del Proceso, hace como propia la atribución de señalar la excepción de dicho requisito.

Los anteriores pronunciamientos, relativos a los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad, expresan como lo indica Garrido Gómez “que el criterio de oportunidad es constitucional, los jueces y tribunales pueden seleccionar los criterios admitidos constitucionalmente que, a su juicio, son más pertinentes y que actúan en el ámbito de la creatividad de cada una de las sentencias que dictan” (2009, p. 65).

En otras palabras y conforme lo plasmado, se estaría hablando del decisionismo, que se consolida en tres escenarios, cómo lo destaca Hernando Nieto citando a Schmitt:

- a. Normalmente surgen casos para los cuales no existen reglas precisas, ni tampoco existen precedentes para su solución; el juez aquí no tendrá ninguna alternativa más que la discrecionalidad a pesar de que el podría recurrir a la analogía o la lógica, pero esto en todo caso no garantiza la validez de la resolución.

b. Se pueden detectar formas de inconsistencia en los sistemas legales sustentados en principios. Es decir, podría haber una colisión de principios y esto solo podría resolverse con una meta teoría que sin embargo, estaría establecida sobre la base de un principio indeterminado (por ejemplo Kelsen).

c. Las normas pueden tener diversos propósitos y si tenemos una situación empírica nueva para la cual la norma podría servir, también entonces podemos sembrar una indeterminación en caso de los propósitos sean contradictorios. (2001, p. 228)

Lo anterior permite concluir que existen espacios de indeterminación en los cuales el derecho formal pasa de un Estado rígido a uno flexible, para poder hacer frente a las problemáticas que se ponen al conocimiento de sus operadores judiciales. Pese a ello, no puede afirmarse que el decisionismo ha sido capaz de resolver los conflictos entre los casos excepcionales y la regla, por lo que en ocasiones, como se ha estudiado, genera situaciones donde colisionan principios o se crean un sinnúmero de decisiones, que no permiten unificar criterios para materializar la seguridad jurídica según sea el caso.

En atención al asunto, surge una herramienta que permite limitar la insuficiente motivación de las providencias judiciales denominada “Derrotabilidad de las normas” la cual sostiene que “todos los principios constitucionales (e infraconstitucionales) son estructuralmente derrotables, en tanto están siempre sujetos a condiciones y excepciones implícitas, al margen del alto grado de determinación” (García-Yzaguirre, 2013, p. 2). En todo caso, no puede perderse de vista que la correcta administración de justicia también llamada Tutela Judicial Efectiva debe ser la base del sistema judicial, lo cual permitiría reducir el grado de indeterminación al que se puede llegar con la derrotabilidad evitando a toda costa escenarios con una pluralidad de decisiones frente al mismo caso.

CAPÍTULO III

DERROTABILIDAD DE NORMAS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: FUNDAMENTOS PARA SU APLICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE LAS VICISITUDES EN LA LEY 1437 DE 2011 Y LA LEY 1564 DE 2012

En la actualidad, no es fácil entender que el derecho pueda comprender más de dos respuestas a un mismo problema jurídico, por ello, para algunos autores se trata simplemente de un conflicto propio del ordenamiento jurídico, en donde si bien existen razones jurídica válidas confrontadas, estas deber ser ponderadas. Sin embargo, para otros, ese conflicto no deja de ser aparente, en donde nada se enfrenta, porque tan solo con el interpretar de manera adecuada las normas, se encuentra su limitación.

En este capítulo se analiza el principio de derrotabilidad a la luz de la Tutela Judicial Efectiva, el cual supone que una norma estructurada como una regla puede contener excepciones, no solo respecto de las establecidas por los criterios clásicos de solución de conflictos entre reglas (especialidad, jerarquía, etc.), sino también por principios de carácter moral, cuya concreción solo puede llevarse a cabo a través del recuso de la razón práctica (Fernández, 2015).

14. Conceptualización

La derrotabilidad de normas jurídicas, surge como consecuencia de la dificultad que tienen las autoridades judiciales de identificar soluciones válidas y relevantes en cuanto a la emisión de juicios que mejoren el debido proceso y las garantías procesales dentro del ordenamiento jurídico, es decir, es “el interés principal en una reconstrucción sistemática de las normas jurídicas, es contar con un criterio que permita distinguir entre normas jurídicas válidas y otras pautas socialmente relevantes, pero que carecen de aptitud para justificar decisiones institucionales” (Navarro, Rodríguez, 2000, p. 61).

Por consiguiente, cabe precisar que el derecho puede reconocer más de una respuesta a problemas jurídicos, en donde existen razones jurídicas válidas confrontadas. Por lo tanto, es necesario de un proceso de ponderación en busca de la solución a la indeterminación normativa; dicho de otra manera, debe proponerse como objetivo la armonía de las normas en el sistema jurídico. Ahora bien, el reconocimiento de más de una solución a problemas jurídicos presupone que dentro de la administración de justicia se debe tener en cuenta factores sociales, que coadyuven a la toma de decisiones por parte de la autoridad judicial, es así entonces que según Terrile (2018):

Surgen conductas sociales y culturales que, en su evolución, no han podido ser previstas por lo convencional; hechos que gravitan institucionalmente vinculados a estados de necesidad, situaciones de emergencia, fuerza mayor. La constitución material aparece como paralizada frente a la dinámica sociológica del comportamiento social; el legislador actúa *a posteriori* de los hechos; el Juez ingresa a resolver un conflicto que se ha producido, es decir, que ha sucedido y que pudo o no ser previsto. (Terrile, 2018, p. 80)

Conforme lo expresado se dirá que el concepto normativo puede aceptar excepciones que involucran a una circunstancia en específico; sin embargo, no se podría enumerar la cantidad de excepciones existentes, ya que los casos a concluir, llegarían a ser totalmente independientes; por tal razón se afirma que:

La derrotabilidad debe ser entendida como la capacidad de admitir excepciones. Si echamos un vistazo a las reglas, notaremos que, en general, tienen excepciones. Esas excepciones, de cualquier forma, no pueden ser enumeradas de manera conclusiva debido al hecho de que las circunstancias que darán origen a casos futuros no pueden ser previstas del todo. Por ello, las reglas jurídicas siempre presentan la capacidad de admitir excepciones, esto es, son derrotables. (Backer, 2014, p. 33)

En este punto, vale señalar que el concepto “derrotable” fue tratado por Hart, y fue dirigido a una estructura “básica de aquello que los lógicos y teóricos del derecho han

relacionado tradicionalmente con la derrotabilidad, a saber, la posible (o necesaria) existencia de disposiciones que en determinados casos derrotan o desplazan las soluciones normativas inicialmente deducidas del material jurídico (1949, p. 175).

De igual manera, la manifestación de la derrotabilidad de una norma puede definirse como “la exclusión de su consecuencia jurídica como resultado de la ocurrencia de una excepción no contemplada en el antecedente total de norma. Así, este fenómeno reside en el carácter disposicional de numerosas normas jurídicas y singularmente de los principios iusfundamentales” (Bayón, 2001). De igual forma este autor indica que:

Nunca sería posible decir *a priori* si una regla es o no aplicable a un caso determinado, es decir, esto sólo podría decirse una vez que se constatará que su aplicación suscita el acuerdo general, con lo cual la afirmación hecha de antemano de que un caso está realmente gobernado por la regla sería el producto de una comprensión defectuosa de la relación entre las palabras y sus significados, es decir, de una concepción filosóficamente confusa de las nociones de significado y seguir una regla. (Bayón, 1996)

De otro lado, la derrotabilidad de normas, implica que los jueces realicen análisis que permitan el uso de normas específicas que conlleven a la toma de decisiones dentro de un juicio, sin embargo tal y como lo afirma Arango (2015):

El análisis de las normas derrotables estaría reducido a la deducción de consecuencias normativas con base en un caso genérico y dos enunciados jurídicos incompatibles, e implicaría la posterior aplicación de metanormas de prioridad. Aquí no adquiriría especial relevancia la aplicación de normas generales a casos individuales, aunque en principio sería posible formular hipótesis como instancias particulares del caso genérico respectivo”. (Arango, 2015, p. 219)⁸

⁸ En ese mismo sentido, es importante realizar un análisis de la derrotabilidad ya que esta situación implica en algunos casos la eliminación o modificación de las normas o leyes vigentes, por lo que “puede advertirse que las condiciones bajo las cuales una norma es derrotada por otra dependen en gran parte las modificaciones efectuadas por el intérprete al conjunto de normas y casos genéricos inicialmente considerados. Esas

También se ha afirmado que la derrotabilidad debe tener en cuenta no solo los antecedentes al buscar una solución jurídica a un caso específico, con el fin de dar una cobertura amplia a los casos y así brindar garantías procesales a los enjuiciados, ello en la medida que:

Las condiciones plasmadas en los antecedentes de estas no son suficientes, solo son contribuyentes, esto significa que se agotan en la elaboración de una condición suficiente. Las normas creadas a partir de disposiciones podrán generar posiciones jurídicas válidas y amparables por el Derecho, una vez que el proceso interpretativo se nutra de toda la información que requiera. (García-Yzaguirre, 2012, p. 466)

De otro lado, se puede añadir una conceptualización desde el ámbito de la filosofía jurídica, donde es correcto afirmar que el derecho,

Se sitúa sobre el plano de los hechos, pero no de los hechos en bruto, como conjunto de zapatos, naves, lacres o flores, sino sobre el plano de los hechos institucionales, los cuales, constituyen una categoría especial de hechos, que tienen una dimensión propia y dignidad ontológica, paralela, por así decir, a la dimensión de los hechos en bruto, en cuanto traen su origen de la regla constitutiva. Lo que distingue las reglas jurídicas en el vasto ámbito de los hechos institucionales es el ser la norma jurídica funcional para fines particularmente relevantes para la sociedad, como la protección de la vida y de la seguridad de los asociados y la distribución de los bienes, inevitablemente insuficientes para satisfacer completamente las demandas de todos los asociados. (MacCormick y Weinberger, 2002, p. 140)

Es así que, a partir del reconocimiento de las situaciones que debe resolver la norma jurídica debe hacerse no desde el ámbito general, sino por el contrario, buscando la solución desde el caso específico, por lo que la derrotabilidad es:

modificaciones ocurren usualmente en el proceso de sistematización del sistema normativo (donde especifican de manera paulatina las relaciones de implicación entre casos y soluciones) y pueden darse tanto en las normas como en los casos genéricos tomados en cuenta. En efecto, si se adicionan normas a un sistema inicial con base en el cual se dedujeron determinadas soluciones coherentes para un caso genérico, pueden ser posteriormente derivadas soluciones incoherentes para el mismo caso”. (Arango, 2015, p. 219)

“ Una forma compleja de vaguedad y, en general, se sostiene que es una forma de indeterminación semántica. La idea básica es que la derrotabilidad de un concepto o de una norma depende de una indeterminación del significado del concepto o norma derrotable. Éstos no tendrían condiciones suficientes para su aplicación (dado que las excepciones hechos derrotantes no pueden precisarse en una regla semántica), en particular, las excepciones no estarían determinadas en el significado” (Pazos, 2002, p. 452)

En consecuencia, con el concepto de derrotabilidad jurídica, se alude a la inaplicabilidad de un enunciado jurídico, a pesar de que el marco dispositivo del sistema ha permanecido inalterado. De igual forma, este concepto “no guarda relación con la posibilidad de impedir la aplicación de un enunciado jurídico a partir de las expresas excepciones contenidas en otros enunciados, sino con la posibilidad de que la referida inaplicabilidad resulte de una serie de excepciones implícitas en el ordenamiento, no extraíbles de la literalidad de los enunciados jurídicos, sino de la carga axiológica o moral de determinadas disposiciones jurídicas y solo apreciables en el marco del análisis de un caso específico” (Rodríguez, 2015, p. 16).

En ese mismo sentido, la derrotabilidad también puede ser involucrada con la lógica, donde autores como Ferrer & Ratti indican que “la lógica no provee una solución para las antinomias jurídicas, la lógica deductiva no proporciona herramientas para resolver los conflictos normativos, ésta por el contrario solo ofrece herramientas para detectarlas”⁹; por lo anterior, es de resaltar que la derrotabilidad de las normas jurídicas no implican una acción de un proceso deductivo (en el caso de las decisiones emitidas por un juez), sino que por contrario deben involucrar las necesidades y los entornos en los cuales se desarrollan.

Lo anterior, se afirma en la medida de que el análisis de una norma no permite deducir de forma lógica otra, sino que se establecer jerarquías que permiten inferir una norma inferior

⁹ Ferrer & Ratti (2012, p. 21) “logic do not provide a solution for antinomies... deductive logic is not meant to provide tools for solving normative conflicts; it is only meant to offer tools to detect them”

a partir de una superior. En este sentido, señala Bustamante a partir del análisis de un caso particular así:

El acto de aplicación de la norma general es un acto de creación de la norma individual, por cuanto esta tiene un contenido normativo adicional con relación a la norma que la fundamenta. Y dicho acto de creación normativa es necesario porque toda norma posee cierto grado de indeterminación. Sin embargo, la norma general (superior) dirige el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus sentidos posibles. La relación entre la norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida en una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero ello no elimina la caracterización de la interpretación como un proceso creativo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento. De este modo, si la ley prevé para el homicidio una pena mínima de seis años de prisión, la decisión judicial que establece la pena de seis, siete u ocho años de prisión para Pedro por el hecho de haber matado a Juan contiene una norma individual que todavía no estaba contenida en la norma que le sirvió de fundamento. (Bustamante, 2010, p. 208)

En suma, la derrotabilidad surge a causa de las diferencias existentes dentro la evaluación de los diversos entornos y contextos sociales en relación con la noción de normalidad; es decir, que “la noción de normalidad es relativa al contexto de emisión del enunciado y al conjunto de creencias del hablante. Aplicada a las normas jurídicas esta idea, supone interpretar que ellas no especificarían condiciones suficientes sino meramente contribuyentes para el surgimiento de las soluciones normativas previstas en un sistema jurídico” (Botero Bernal, et al, 2004, p. 109).

Bajo este contexto, como se ha mencionado en el ámbito jurídico se pueden hacer cambios o excepciones frente a un conjunto de situaciones, las cuales obtendrán como conclusión la emisión de un juicio ajustado a las circunstancias respectivas, es así entonces que la derrotabilidad, como lo indica Grajales y Negri “no se sigue deductivamente de las

premisas sino que da un salto o jump, dado que las circunstancias fácticas no pueden ser subsumidas bajo una regla generalmente aceptada, siendo necesario, pues, interpretar la norma legal o crear una nueva” (2017, p. 456).

A su vez, se considera que la derrotabilidad de normas encierra no solo las decisiones a partir de un solo vista, sino que por el contrario, como la afirma García “existe un abanico de posibilidades no determinadas que suponen casos en los que el enunciado jurídico se satisface, pero aun así no se le aplican las consecuencias jurídicas, al encontrar en el campo de los hechos una justificación legal que lo exonera sin que requiera de una tipificación expresa” (García, 2003, p. 219). Ello, reduce la tarea del operador judicial a ejercicios exhaustivos de interpretación conllevando en ocasiones a problemas en su aplicación.

De igual manera, se podría indicar que las dificultades existentes en cuanto a la interpretación normativa, se encuentran abiertas a ser derrotadas, tal como lo afirma Corvalan, como quiera que en el terreno de la práctica jurídica existe lo que él ha denominado derrotabilidad interpretativa “y parte de la distinción entre norma y formulación normativa, porque si se acepta esta distinción parece evidente que todas las formulaciones normativas están abiertas a la derrotabilidad interpretativa” (Corvalan, 2016, p. 181).

En ese sentido, el contexto determina la aplicación de las normas y por lo tanto de la existencia de excepciones, o dicho de otra manera, la derrotabilidad aplica cuando, “las reglas dejan de ser tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial... aunque la noción de razón protegida nos permite captar la distinción entre reglas y principios” (Rodenas, 2011, p. 72), sin embargo, se abre un espacio de discusión en cuanto a si las normas legisladas son acordes a las necesidades actuales, y si por el contrario, se da la existencia de indeterminaciones normativas que contribuyan a la derrotabilidad normativa.

14.1. La derrotabilidad de las normas jurídicas a partir de la indeterminación normativa.

A partir de lo decantado, se configura dentro de los pronunciamientos judiciales la “discrecionalidad jurídica”, definida como “la situación que implica que las cosas se manejen con situaciones de excepción, en el sentido de hacer referencia a un modo de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos” (Lifante Vidal, 2002, p. 140).

Se tiene entonces que, la discrecionalidad ha sido usada para resolver problemas jurídicos que involucren otra interpretación con el fin de brindar diferentes opciones al momento de emitir juicios, así entonces, se contempla un sinnúmero de escenarios en los cuales puede aplicarse el derecho, y en esa medida, es el operador judicial quien decide en qué contexto analizar y aplicar las normas al caso concreto. Aquí como lo sostiene Sandoval “se hace referencia a una cualidad general exigible a cualquier autoridad, independientemente de las facultades que se otorguen o a la determinación o claridad con que se expresen las pautas normativas, tema este que dentro de la doctrina cuenta con pacífica aceptación” (Sandoval, 2011, p. 66).

De igual forma, Bell, indica que la emisión de un concepto, tomando como base las expresiones de libertad de las autoridades judiciales debe propender por la correcta administración de justicia, es decir,

Una caracterización adecuada de la discrecionalidad debe contener, junto al elemento de cierta libertad de elección, una referencia al modo en que esa libertad es generada; no basta con que se dé una elección, sino que es necesario que se trate de una decisión legítima y considera que esta legitimación puede darse de dos maneras: puede aparecer o bien como consecuencia de conferir un poder, o bien

como resultado de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos.
(1992, p. 93)

Se puede afirmar que estos poderes discrecionales se caracterizan frente a otros poderes jurídicos, en cuanto a la regulación de un tipo específico de normas. Actuación que siempre debe supeditarse a un orden legítimo y acorde con los principios de legalidad y debido proceso. Lo precedente supone entonces como lo supone Linares que,

Un poder judicial puede ser independiente en determinadas materias, pero dependiente en otras, o dependiente de determinados actores e independiente de otros. El estudio de la independencia en un país requiere un conocimiento cualitativo de los actores políticos y las materias de relevancia sobre las que se ejerce el poder. Su medición, por tanto, no puede abordarse válidamente de un modo agregado y global como, por ejemplo, comprobando que determinadas provisiones formales se cumplen en la realidad. Los entresijos a través de los cuáles las injerencias indebidas se llevan a cabo son múltiples y cambiantes, y no hay ni podrá haber un conjunto mínimo de reglas o prácticas que inmunicen a un sistema judicial de estas amenazas.
(Linares, 2004, p. 87)

A partir de lo anterior, queda claro afirmar que esta discreción jurídica, viene enlazada con la conceptualización de una indeterminación normativa, donde “la intuición semántica nos indica que las excepciones existen, que si un juez que declarara que hay una excepción estaría juzgando según el derecho y no tomando una decisión adicional” (Pazos, 2002, p. 463). De tal suerte, que si el pronunciamiento del operador judicial se ajusta a los requisitos de una actuación legítima pueden reconocerse sus efectos en la decisión que proyecta al caso concreto.

Y como consecuencia de esa indeterminación que involucra la inexactitud de los preceptos constitucionales existentes, se puede determinar que:

Las Constituciones son abiertas y flexibles permitiendo una especie de compromiso entre ideologías diferentes que se traduce en la proclamación de principios, valores y reglas que, a menudo, son incompatibles entre sí de modo que nos encontramos ante documentos que no son axiológicamente homogéneos y unitarios sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. (Segura Ortega, 2013, p. 680)

Por las razones plasmadas se podría considerar que el poder discrecional de las autoridades judiciales, cumple la función de ser el soporte a las decisiones que emiten estas autoridades, de tal manera que se delimita el ejercicio de las funciones de estos actores en argumentar y justificar fallos. En otras palabras se dirá que, aunque los jueces tengan libertad de acción deben explicar por qué aplican una norma y no otra, y por qué utilizan un determinado criterio interpretativo o, lo que es lo mismo, tienen la obligación de dar a conocer las razones normativas de la decisión. (Segura Ortega, 2013, p. 681)

Por lo tanto, es importante apreciar, que las diferentes situaciones deben ser atendidas por los respectivos funcionarios, de tal manera, que se satisfagan necesidades específicas sin dejar que lo establecido sea un factor en contra del ordenamiento y que no brinde las suficientes garantías; significa entonces, que en razón a que no es posible abarcar todas las situaciones con una norma, los funcionarios deben procurar por conciliar “los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante, ello, la vida del Derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standars* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de cada caso” (Hart, 1980, p. 168).

Es así entonces, que al considerarse que existe una indeterminación normativa, entendida como “alguna de las acciones del universo humano, que por supuesto tenga relevancia jurídica, no se encuentre normativamente determinada; es decir, no cuente con alguno de los estatus deónticos dados a través de normas jurídicas: permitir, prohibir, obligar. Por supuesto, aquel sistema jurídico que omita determinar estatus deóntico para una

acción jurídicamente relevante, se entenderá como incompleto. Ciertamente, la consecuencia jurídica directa de la inexistencia de estatus deóntico sobre una acción, será la existencia recíproca de una laguna normativa (Agudelo, 2011, p. 244)”, debe buscarse la solución dentro del sistema jurídico que involucre a los diferentes agentes e instituciones jurídicas mostrando su interacción con distintas variables sociales.

Ahora, como quiera que la determinación debe hacerse bajo el sistema jurídico, vale la pena resaltar que Alchourrón y Bulygin (1976), distingue no solo el concepto de Sistema Jurídico, sino que lo enlaza con el de Orden Jurídico,

Definiendo al primero como una secuencia temporal de sistemas jurídicos y al segundo como un conjunto finito de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas y entre las cuales hay al menos una norma que impone una sanción (como puede apreciarse, en el sistema jurídico así definido puede haber enunciados que no sean normas y también normas que no establezcan sanciones). La unidad de la secuencia del orden jurídico está dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos que forman parte de esa secuencia, mientras que la identidad de cada sistema está dada por la identidad de sus elementos. (Sucar, & Rodríguez, 1998)

En fin, al hablar de derrotabilidad, esta se encuentra dentro de un entorno, o sistema jurídico que se encuentra regido por criterios normativos que forman un todo, y con el cual se habla de conjuntos normativos que permiten la emisión de juicios por parte de las autoridades judiciales, y que les permiten el uso de métodos como el de la ponderación normativa a la hora de evaluar juicios.

14.2. La derrotabilidad de las normas jurídicas a partir de la ponderación de normas y la regla *lex specialis*

En la concepción y formulación de un sistema jurídico, como ya se ha dicho no basta solamente con la aplicación de normas desde el punto de vista netamente judicial usando

criterios habituales, sino por el contrario, se puede recurrir a la aplicación de un procedimiento denominado ponderación. Este puede ser definido como el escenario en el cual “son puestos en una “balanza” a fin de determinar cuál de ellos “pesa” más. Naturalmente, las normas no son entidades físicas y por ende carecen de ‘peso’ en sentido estricto, que es una característica propia de la materia” (Martínez Zorrilla, 2004, p. 164). En este ejemplo lo que se trata de evidenciar es que el ejercicio ponderativo implica analizar cual disposición tiene mayor relevancia sobre otro.

Y agrega Bernal (2006), “que la ponderación es un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales, en el cual existe un núcleo conceptual mínimo de la ponderación que consistiría en atribuir un determinado nivel de peso o importancia a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir” (Martínez, 2010, p. 154).

En otras palabras, Ruiz (2009), afirma que la “ponderación es precisamente el nombre de la operación destinada a determinar el peso relativo, en relación con las propiedades de un cierto caso, de diversos principios en concurrencia”, lo cual, una vez más lo asemeja al funcionamiento de una balanza donde los criterios específicos de cada situación influyen de manera particular a través de factores internos y externos.

Siguiendo con más doctrina, la ponderación consiste en “ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales” (Prieto Sanchis, 2007, p. 220). Sin embargo, hay que resaltar que aunque se busque una igualdad en la toma de decisiones por las autoridades judiciales, hay que reconocer que este proceso puede presentar dificultades, tal como lo menciona Mocoeroa, en cuanto a que:

Las Constituciones modernas reconocen valores comprometidos con diferentes tradiciones ético-políticas y es por eso que, además, pueden ellos mismos entrar en

conflicto. En este sentido, para algunos autores, no es facultativo recurrir a la ponderación. Por el contrario, si se admite la pluralidad de los valores, la indeterminación y la posibilidad de que ellos entren en conflicto, recurrir a la ponderación no es una acción facultativa para su resolución sino que, antes bien, es una necesidad lógica y conceptual. (Mocoroa, 2017, p. 77)

Por estas razones, se puede considerar la ponderación como una estructura formal y argumentativa que “ejerce control de la aplicación de los principios que expresan normas de derechos fundamentales y, así, implantar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto” (Bernal, 2005a, pp. 98-99). De otro lado, tal como lo afirma Moreso, las estructuras de cada principio implican el desarrollo de una situación o caso específico por el cual se tomaran decisiones,

Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Ahora bien, si las circunstancias están delimitadas a partir de un supuesto concreto, parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla es válida únicamente para este supuesto. (Moreso, 2006, p. 20)

Del mismo modo, se ha dicho que la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía Axiológica, es decir, “es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable (conflicto entre principios constitucionales)” (Terrile, 2018, p. 68).

Según lo anotado, se puede establecer a través de la ponderación una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto, los cuales se enuncian a continuación:

PONDERACIÓN

1. Una **jerarquía axiológica**: es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro.
2. Una **jerarquía móvil**: es una relación de valores móvil, mutable, una jerarquía que vale para el caso concreto, pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida – en un caso concreto diverso. El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el “valor” de los dos principios “en abstracto”, de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. El juez se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto. El conflicto por tanto no es resuelto definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura.

Fuente: Información tomada de Guastini, R. (2007). Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 2(8). P. 636.

De lo hasta aquí expuesto, se muestra como la categorización para el procedimiento de ponderación, se materializa en la existencia de una “balanza”, como medio de ejemplificación donde se establece un peso más alto, en cualquiera de los caso a evaluar, sin embargo, estos juicios podrían generar discrepancias que involucrarían la emisión de juicios posteriores en busca de nuevos juicios ajustados a la realidad, y a la correcta administración de Justicia.

Sin embargo como lo precisa Prieto, resulta incorrecto afirmar que la ponderación sea la solución a todas las indeterminaciones jurídicas, sino que por el contrario resulta ser un punto de referencia a la hora de emitir juicios de valor; se reitera,

“No se logra una respuesta definitiva para todo supuesto de conflicto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordena otorgar una preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad personal, o a la libertad de información sobre el derecho de honor, sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre las mismas normas; se trata, por tanto, de establecer lo que se ha llamado una jerarquía móvil” (2011, p. 146)

De otro lado, la facultad que tiene la autoridad al momento de establecer con qué criterios evaluara la emisión de juicios, no se debe hacer de forma arbitraria, ni dejar que los juicios emitidos a discrecionalidad afecten los preceptos formulados constitucionalmente, de tal manera que,

“La designación del valor de las variables de la fórmula del peso, son atribuidas por el juzgador a partir de la apreciación que haga de la interacción entre los principios dentro del caso jurídico. Sin embargo, esta designación no es arbitraria, puesto que no queda a la libre voluntad de quien ejerce la jurisdicción y presencia la antinomia in concreto. Los juzgadores y los partícipes tienen la carga de argumentar para demostrar la afectación a un principio constitucional por otro” (Mosqueda et al, 2018, p. 575). Por lo tanto, “la ponderación conduce necesariamente a la argumentación constitucional” (Gil, 2009, p. 148)

En este estado de la cuestión, está claro en aseverar que la ponderación normativa debe responder al control constitucional, y por lo tanto, promover la ejecución de garantías procesales que brinden soporte al sistema jurídico, tanto más “cuanto más efectivos sean dichos procesos de control de constitucionalidad y de correspondiente defensa de los

derechos. Radicalmente formulado: no hay en puridad derecho constitucional mientras se cuente con derecho procesal constitucional (García, 2016, p. 16).

Sobre esta base, señala Atienza que la contextualización de los casos se da en virtud del manejo de situaciones prácticas o de racionalidad práctica,

“En este sentido, lo que se construye en el primer paso de la ponderación es una verdadera regla que, aunque naturalmente no puede pretenderse que esté en condiciones de resolver en forma indubitada todos los casos futuros, es una regla abierta que se aplica o no con claridad a ciertos casos y deja a otros en la zona de penumbra. El método que utilizan los tribunales cuando llevan a cabo este razonamiento, se realiza en dos pasos: en el primero se construye una taxonomía que permite ubicar cada caso dentro de una determinada categoría, por ejemplo, identificando los principios aplicables al caso. En el segundo paso se construyen reglas de prioridad que toman en cuenta las circunstancias relevantes” (Atienza, 2016, p. 33-34)

En efecto, al hablar de derrotabilidad normativa también se puede hacer referencia a la aplicación de la regla *Lex Specialis* o Principio de la especialidad, como medio para dar solución a los problemas normativos, como es el caso de la contradicción normativa, por medio de este se hace referencia a la “preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad” (Bobbio, 1980, p.344). Es en esta preferencia aplicativa donde se puede evidenciar las etapas de taxonomía y determinación de la prioridad, lo que en estricto sentido da argumento a la ponderación.

De otro lado, Alf Ross indica en cuanto a la relación de una norma general y una particular que esta se encuentra dada, por nexos sintácticos, por lo que, solo “se aplicará la norma general, a menos que, en el supuesto de hecho de la vida real, se den las circunstancias más específicas y en parte divergentes del supuesto de hecho de la norma especial, en cuyo caso se aplicará esta última” (p. 124). Es decir, que la aplicación de la norma general es el

resultado de una norma individual y se ejecuta a través de un acto de creación normativa necesaria a razón de la indeterminación del lenguaje, por lo que es interpretable que la aplicación del derecho sea producto de la argumentación, por tanto, este es un sistema necesariamente abierto e incompleto.

En otras palabras, Zegarra Vilches, se ha referido al principio de especialidad en base a funciones que involucran la legislación de nuevas normas que satisfagan necesidades actuales, por lo que:

Podría, cumplir con las dos funciones claramente diferenciadas asignadas a tales principios, esto es: (i) una función de fuente de Derecho, que permite la creación de normas jurídicas ante las denominadas lagunas de Derecho; y, (ii) una función informadora de Derecho, esto es, servir como idea fundamental que subyace al Derecho Positivo y que puede ser utilizado como criterio para la interpretación de normas jurídicas (1997)

Adicionalmente, indica Nino (2017) que el *Lex Specialis* prescribe que se otorgue “preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sean más general. No siempre esta regla se observa, principalmente cuando la norma general sea superior o posterior respecto de lo particular” (p. 275). Pero, también hace la precisión de que “hay muchos casos de normas contradictorias en las cuales estas reglas son inaplicables por tener las normas la misma jerarquía, haber sido dictadas simultáneamente y tener el mismo grado de generalidad” (p. 276).

Es de concluir que, la interpretación normativa, no solo debe estar a cargo de la función de discrecionalidad de las autoridades judiciales, sino por el contrario deben remitirse al uso de herramientas como la ponderación y contextualización de las diferentes casos, con el fin de brindar un juicio acerca a la realidad práctica, y no a partir de suposiciones en base a casos generales. Dicho de otra manera,

“La interpretación del derecho, no puede ser reducida a la mera descripción de una norma (premisa mayor) o un caso concreto (premisa menor), porque a pesar de que el juez dice seguir la norma, ésta siempre es de textura abierta, es decir, el juez siempre debe decidir entre varias posibilidades y ponderar los valores en juego. Muchos jueces creen fervientemente en el deber de sujetarse al significado de la ley, pero ésta casi nunca ofrece todas las alternativas posibles. Los jueces también tienen creencias respecto de las políticas públicas más convenientes, o experimentan necesidades humanas básicas, como la de ser estimado o la de tener poder. Todos estos factores influyen en el juez, incluso en los más legalistas” (Linares, 2004, p. 91)

Valga destacar que, es claro evidenciar que existe un vacío jurídico a nivel interpretativo que genera la existencia de vicisitudes, donde factores externos y sociales influyen de manera directa en las decisiones que emiten los jueces, ya que si bien es cierto como se ha tratado la derrotabilidad de las normas, está dada de acuerdo a las necesidades según las cuales el juez enfrenta su entorno, y por medio de las cuales se ofrecen las suficientes garantías procesales dentro de un sistema de justicia. A partir de esta problemática se planteara la solución a estas vicisitudes, aplicando la figura de la Tutela Judicial Efectiva como medio de acceso a una correcta administración de justicia, que brinde las suficientes garantías procesales al momento de la toma de decisiones por parte de las autoridades judiciales y amplié el entorno de solución y emisión de juicios por parte de las autoridades judiciales.

14.3. La derrotabilidad normativa a la luz de la Tutela Judicial Efectiva: Aproximación a la solución de las vicisitudes procesales.

La Tutela Judicial Efectiva, se refleja como el medio en que las personas pueden recurrir a los tribunales y juzgados a exigir garantías que propendan por la correcta administración de justicia. Bajo dicha órbita se ha considerado jurisprudencialmente como “la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la

integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses” (Sentencia C-426, 2002 y Sentencia C-086, 2016).

De conformidad con lo anterior, el derecho a la administración de justicia involucra la participación de procedimientos y recursos que buscan que las decisiones resulten ser eficaces y en concordancia con las situaciones y la protección de derechos constitucionales, tal como lo sugiere la Corte Constitucional cuando considera que:

No se entienden concluido con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que debe ser efectivo, por lo cual el mismo no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que: (...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. (Sentencia C- 279, 2013)

Precisamente este derecho involucra que la misma existencia de la Tutela Judicial Efectiva se relacione con aspectos como lo son: “El reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo solo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto (frente al poder público)” (Barnés Vázquez, p. 432).

También se ha dicho que el “contenido del derecho a la Tutela Judicial Efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos; primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia”, (Perrino, 2013, p. 6), así entonces, las discreciones que los jueces emplean

dentro de la esa conceptualización de las indeterminaciones normativas, implican que la administración de la justicia se le atribuyan características que lo vuelvan un medio efectivo; así, se reafirma:

El juez garantiza una igualdad ante 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. Uno de los presupuestos del Estado social de Derecho, es el de contar con una debida administración de Justicia, mediante ella se protegen y hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. (Sentencia T-173, 1993)

En cuanto a la primera fase, la Tutela Judicial Efectiva involucra un enfoque hacia la administración de justicia a partir de órganos jurisdiccionales, en otras palabras, este derecho no solo se circunscribe al acceso a la administración de justicia sino “que el ciudadano tenga que acudir exclusivamente para obtener Justicia a los órganos jurisdiccionales. La Tutela Judicial Efectiva, como derecho fundamental, ha de expandirse hacia las demás variantes que se van integrando en la Administración de la Justicia, y por lo tanto transformarse en tutela efectiva de la Justicia” (Diz, 2014, p. 162).

Justamente la administración de justicia, según la Ley 270 de 1996, se consagra como parte de la función pública, en la cual se estipula que “cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.” (Art. 1, Ley 270 de 1996).

Por su parte, la jurisprudencia, trayendo a colación la Sentencia T-522 de 1994, menciona a la administración de justicia como un pilar de gran importancia que brinda herramientas que contribuyen a:

La prestación seria y responsable de la Justicia, mediante lo cual es posible la materialización de un orden Justo caracterizado por la convivencia, la armonía y la Paz, sin embargo la corte cita: La aplicación y operatividad de la justicia, se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad. (Corte Constitucional, Sentencia T-522, 1994)

En las circunstancias descritas dentro de la administración de justicia, es importante resaltar que como bien se ha tratado, la derrotabilidad de normas se da por el juicio emitido por las autoridades judiciales, es decir, al nivel subjetivo o de discrecionalidad que envuelve la proyección de estas decisiones, ya que en algunas situaciones se presentan actos que son arbitrarios por cuanto no se ajustan a la protección de derechos. Se presenta cuando:

Persiguen un fin ilícito que afecta un derecho o un bien jurídico mayor a través de medios que no son proporcionales por cuanto no respetan los principios y garantías del derecho. Por esta razón, el acceso, como derecho, no puede estar sujeto a condiciones excesivas, que atenten contra su esencia e impidan o restrinjan, sin justificación, la admisión de las demandas, solicitudes y recursos, lo que también obliga a evitar todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo. Así mismo, está vedado a los órganos del Estado imponer requisitos o exigencias, no determinadas en la Ley, que imposibiliten u obstaculicen el ejercicio de este derecho. (2013, p. 13)

Pues bien, no se puede desconocer que la discrecionalidad en la interpretación que pueden realizar las autoridades administrativas, según la Corte Constitucional, marcada por una libertad interpretativa, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, se

enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y la Ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo Tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el Derecho

administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la Ley y de la constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial, obligación que se torna absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes. (Corte Constitucional, Sentencia C-539, 2011)

De igual manera, se hace énfasis en que a partir de la indeterminación del derecho nace la discrecionalidad judicial, toda vez que se generan vacíos que le permiten a las autoridades judiciales de una u otra forma emitir juicios que involucren una perspectiva subjetiva según sea el caso, por lo tanto ésta, “consiste en la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros, en definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado (Masciotra, 2016, p. 115). Sin embargo, no puede olvidarse que estos pronunciamientos siempre deben someterse a los criterios de racionalidad y razonabilidad.

Como corolario de lo anterior, lo señala Shapiro (1981), el papel que tiene el juez dentro de la toma de decisiones involucra posturas que lo dejan ver como un mero arbitro o un tercero imparcial, sometido a la ley, a los intereses de la comunidad o los diferentes valores culturales, por lo que “el juez, sobre todo en aquellos casos en los que está involucrado el interés público de un régimen determinado, no es un juez apolítico o axiológicamente neutro” (En Linares, 2004). En consecuencia, como se ha plasmado, la derrotabilidad de las normas, involucra la indeterminación por parte de la legislación existente, es decir,

En estos casos la libertad del juez aumenta y la legitimidad de la decisión descansa en la consecución del objetivo previsto. La segunda modalidad de la indeterminación intencional es aquella que se produce cuando la norma autoriza al juez a elegir entre varias alternativas que aparecen tasadas. En estos casos la libertad del juez se reduce ya que solamente puede utilizar alguno de los medios que aparecen predeterminados

en las normas pero, en cualquier caso, estamos en presencia de una elección. (Ortega, 2013)

Al respecto también menciona Kelsen que, estas indeterminaciones que surgen se pueden dar de manera intencional y no intencional, así entonces, “la promulgación de una norma meramente general se efectúa, siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá de su aplicación continuara el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas”. (Kelsen, 1979, p. 350). Por el contrario, la indeterminación no intencional, “es la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión (Carrió, 1979, p. 27).

En ese mismo sentido, y a partir de la administración de justicia, se debe fomentar la protección de las garantías procesales, a fin de eliminar aquellas vicisitudes que entorpecen el papel del estado en función de la correcta de administración de justicia, de tal modo que no se presenten arbitrariedades al momento en que las autoridades judiciales emitan un juicio definitivo, o de otro modo, que no “restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso, que proyectan su fuerza garantista a todos los momentos de desenvolvimiento del proceso, es decir, desde la fase preliminar, y según el caso, hasta la conclusión del proceso” (Coria, 2006, p. 1029).

Fuerza concluir, la tutela judicial pueda ser vista desde dos enfoques, uno formal y otro material, el primero de ellos “se concreta en el libre acceso a los jueces y tribunales y su sentido material se concreta en la obtención de una decisión judicial sobre el fondo del asunto y su ejecución” (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22.04.2004 en el asunto Cianetti; y de 07.06.2005, en el asunto Chmelír). Este derecho proyecta la imagen de un juez imparcial e independiente en la ejecución de sus decisiones.

Según estas directrices, la Tutela Judicial Efectiva mediante su funcionalidad de administración de justicia, debe propender por acciones tales como,

Que los requisitos formales no se apliquen arbitrariamente, sino que respondan a las finalidades del proceso y a las formalidades que justifiquen su existencia, lo que debe tenerse en cuenta al tratar de aplicarlos, eludiendo cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales y en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en debate; pues el derecho a la tutela judicial no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinarias de los requisitos y formas de las secuencias procesales. (De Enterría Martínez-Carande, 2004, p. 173)

Lo anterior se encuentra reflejado en cuanto a que la garantía del acceso a la administración de justicia, es “entendida como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial y de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, respetando el debido proceso y de manera oportuna” (Sentencia C 279, 2013). A partir de ello, el papel que toma la Tutela Judicial Efectiva dentro del proceso de derrotabilidad de normativa, tiene mayor trascendencia desde el punto de vista procesal, de tal manera que, asume como punto de referencia las decisiones en pro de las garantías constitucionales; por lo tanto, la administración de justicia no se ve vulnerada por la interpretación procesal ni el principio de proporcionalidad. Con estos antecedentes, es claro que la labor de la Tutela Judicial Efectiva, es ejercer un correcto manejo de la subjetividad que involucra la emisión de actos por parte de los entes judiciales en busca de la protección de derechos y los preceptos constitucionales.

Así mismo, la Tutela Judicial Efectiva se plantea como el medio de solución a aquellas indeterminaciones subjetivas a las que se encuentra expuesta la derrotabilidad normativa, ya que si bien es cierto se han planteado otras alternativas como lo son la ponderación, o la prevalencia de una ley mayor sobre otra, siendo un hecho que el sistema de derrotabilidad solo las inaplica, permitiendo modificar las decisiones posteriormente, no teniendo otra consecuencia distinta que generar un vacío frente a la decisión judicial o como lo ha expresado el Consejo de Estado, la posibilidad de crear antinomias.

En suma, para poder aplicar un correcto sistema de derrotabilidad y dar solución a las vicisitudes no se debe perder de vista que el sistema normativo no es solo un conjunto de normas, sino que estas normas tienen criterios de preferencia como lo indican Navarro y Rodríguez, y en tal caso “la determinación de la verdad de las proposiciones normativas no resultará simplemente relativa a las normas que componen el sistema, sino también a los criterios de preferencia entre las normas en conflicto” (Navarro; Rodríguez, 2000, p. 75).

Navarro y Rodríguez al respecto establecen las siguientes reglas: “a. que las soluciones normativas de ambas resultan lógicamente incompatibles para cierto caso genérico, y b. que se otorga preferencia a la solución normativa de una de ellas sobre la otra para el caso de conflicto entre ambas” (2000, p. 75). Directrices que deben ser argumentadas a la luz de la Tutela Judicial Efectiva buscando el medio que resulte menos lesivo para este derecho y que responda a las garantías jurídicas de los administrados y retorne la confianza en el ordenamiento jurídico.

Para cumplir lo publicitado, concierne pasar a estudiar los fenómenos planteados así:

- a. El proceso ejecutivo carece de regulación íntegra en la Ley 1437 de 2011, por lo que es necesario suplir esos vacíos a través del Código General del Proceso, como lo sostiene el Consejo de Estado. Según se aprecia las directrices dadas por los artículos 297, 298 y 299 de dicho estatuto no indican un procedimiento a seguir por parte del juez, lo que presenta en su lugar, es una serie de obligaciones para el operador judicial de recuperar por la vía ejecutiva las sumas adeudadas por concepto de los documentos que constituyen título ejecutivo. De tal forma, que al tenor literal de la norma como lo sostiene el Consejo de Estado¹⁰ lo que procede es la articulación en lo que sea compatible con el Código General

¹⁰ Al respecto ver Consejo de Estado, Rad. 11001-03-15-000-2017-01491-00(AC), 2017.

del Proceso en virtud de lo indicado por el artículo 306 del CPACA, lo que a su vez permite un amplio esquema para el desarrollo del proceso basado en el debido proceso, el acceso a la justicia y la efectividad de las resoluciones judiciales.

- b. Los criterios para la imposición de costas judiciales fueron modificados por el Consejo de Estado, en el sentido de otorgar una potestad discrecional para decretarlas, basado en un criterio objetivo-valorativo en concordancia con lo establecido por el artículo 365 del Código General del Proceso. Empero, no existe consenso frente al criterio que se debe adoptar, pues la sentencia que modificó este aspecto no contiene los requisitos propios de una sentencia de unificación. Así entonces, lo que procede es analizar el caso en concreto con base a las siguientes reglas: **a.** Es claro como lo indica el artículo 188 del CPACA que la sentencia *dispondrá* sobre la condena en costas lo que permite que el operador judicial pueda decretarlas o no, pero, **b.** la liquidación debe realizarse conforme a lo dispuesto en el Código General del Proceso y se somete al criterio objetivo-valorativo; **c.** sin embargo, de la lectura de las normas citadas no es posible argumentar que la condena en costas será de forma automática ya que generaría efectos adversos al derecho de la Tutela Judicial Efectiva y por ende, se hace relevante que el Juez Contencioso deba imponer las costas judiciales en la medida de verlas comprobadas en el expediente a través de un ejercicio de revisión exhaustivo, so pena de afectar derechos y garantías fundamentales.
- c. Frente a la figura del juramento estimatorio, no es posible realizar una integración normativa del Código General del Proceso, habida cuenta que el CPACA en su artículo 162 no señala esta figura sino que determina que debe realizarse la “estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia”, lo que en ningún modo implica realizar Juramento Estimatorio como requisito de la demanda, pues sería afectar el acceso a la administración de justicia y el debido proceso.
- d. En cuanto a la contradicción del dictamen pericial y con el fin de garantizar los derechos y garantías procesales, se hace necesaria la remisión a la normativa del Código General

del Proceso, bajo el entendido de que es una norma posterior que regula de forma general el medio de prueba. Así pues, la contradicción debe regirse por el artículo 218 y en la medida que se eliminó la objeción por error grave se retoma lo citado por Arias (2017), al indicar que este procedimiento debe realizarse dentro de la audiencia y sin formalidades.

- e. Aunque el decreto de pruebas de oficio se encuentra regulado por el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, la integración de la normativa civil permitiría complementar vacíos que se generan en su aplicación. De esa manera, la Ley 1564 de 2012 contempla que “las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes” (art. 170), lo que deja de forma explícita la necesidad de participación de las partes en la contradicción de las pruebas, garantizando así el acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

- f. Sobre las excepciones previas, en la práctica los operadores judiciales hacen remisión expresa al Código General del Proceso porque así lo dispone la normativa sin lugar a duda. En tal sentido, la integración de la normativa civil se hace pertinente por los siguientes aspectos: **a.** El CPACA no indica de forma taxativa cuáles son las excepciones previas, **b.** No regula el trámite de las excepciones previas y mixtas y **c.** Regula el tema de la decisión frente a las excepciones pero no indica los requisitos formales, la etapa de traslado, oponibilidad y subsanación de las mismas, como si lo hace el CGP permitiendo el reconocimiento de garantías de defensa a los administrados y dotándolos de herramientas para su participación activa en el proceso.

- g. La Conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad en lo contencioso administrativo se rige por el artículo 161 de la Ley 1437. Sin embargo, debe resaltarse que el Código General del Proceso señala que en los procesos declarativos que se adelantan en lo Contencioso administrativo siempre que en estos se pidan medidas cautelares de carácter patrimonial no será necesario agotar este requisito de procedibilidad. De tal suerte, que el Estatuto civil dispuso norma especial para los

procesos Contencioso Administrativos, por lo que, se debe optar por la integración normativa del CPG, pues ya no se concibe como una norma subsidiaria sino obligatoria.

Conclusiones

En el año 2011 la Jurisdicción Contenciosa Administrativa implementó una reforma de sus disposiciones a través de la promulgación de la Ley 1437 de 2011 que se materializó como estrategia para la modernización de los procesos judiciales. Entre las principales innovaciones que contempla se encuentra la inclusión de principios, valores y reglas encaminadas a la protección de los derechos de los administrados, la extensión del derecho de petición a relaciones entre particulares, la introducción de mecanismos digitales en el proceso administrativo, la adopción del concepto de acción con múltiples pretensiones, la implementación de un sistema de oralidad y audiencias, entre otras.

Posteriormente, en el año 2012, con motivo de la reforma en el ámbito civil se promulga la Ley 1562 “Código General del Proceso” derogando el Código de Procedimiento Civil, regulando entonces todos los procesos civiles, comerciales y de familia. Para el efecto, implemento un sistema de oralidad en todas las actuaciones judiciales, unificó procedimientos e incluyó herramientas tecnológicas con el fin de garantizar un mejor acceso a la justicia.

Ese de agregar, que la ley contenciosa entre su articulado estableció que “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” (art. 306, Ley 1437, 2011), de tal suerte que ante un vacío frente a alguna etapa procesal es admisible aplicar normativas del estatuto civil.

Como consecuencia de esta disposición, en la práctica los operadores judiciales, han optado por incluir directrices del Estatuto Civil para desarrollar algunas etapas del proceso contencioso administrativo, generando algunas problemáticas frente a la aplicación de la norma al caso en concreto, porque ha dado lugar a variadas interpretaciones ante las instancias judiciales en torno a los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento

estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad.

Ahora bien, la discusión que se decanta entorno a las instancias reseñadas es si el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tiene la suficiente integralidad para regular cada uno de los aspectos procesales que se indican sin tener que acudir al Código General del Proceso o si por el contrario, la integración de la normativa civil permite suplir los vacíos y cumplir con una correcta administración de justicia.

Los diferentes pronunciamientos conllevan a evidenciar un fenómeno de decisionismo judicial, donde el operador judicial se convierte en un actor activo en los casos donde no es fácil subsumir una regla generalmente aceptada para resolver el caso en concreto, sino que utilizando las reglas de interpretación adecua aquellas situaciones excepcionales a los fundamentos normativos vigentes. Ahora bien, de acuerdo a esa excepcionalidad el operador judicial de forma autónoma a partir de las herramientas de la interpretación, toma una decisión frente al caso en concreto basado en principios y reglas que le permiten presentar un pronunciamiento acorde a la situación fáctica presentada.

En virtud de esta autonomía que ahora tiene el operador judicial, se han desarrollado diferentes pronunciamientos ante las instancias judiciales frente a la inclusión o no del Código General del Proceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los casos de los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad. En tal sentido, se ha dicho:

- a. El proceso ejecutivo carece de regulación integra en la Ley 1437 de 2011 por lo que es necesario suplir esos vacíos a través del Código General del Proceso, como lo sostiene el Consejo de Estado. Sin embargo, esta decisión no es aceptada por todos ya que, para

el Tribunal Administrativo de Boyacá existe un impedimento para la integración normativa frente al trámite de la apelación en esta clase de procesos.

- b. Mediante sentencia de 7 de Abril de 2016 las costas judiciales adquieren un criterio objetivo valorativo conforme lo indica el Código General del Proceso que denotaba una potestad discrecional frente al operador judicial para decretarlas de forma total, parcial o abstenerse en la medida de verlas comprobadas en el expediente. A pesar de este pronunciamiento no es una teoría aceptada, pues no se considera una sentencia con alcances de unificación, lo que al día de hoy ha permitido que ante las instancias judiciales la imposición de costas se torne objetiva, subjetiva y objetivo-valorativo, generando confusión a quienes acuden a que se les administre justicia.
- c. Frente a los requisitos de la demanda que contempla la Ley 1437 se indica que debe realizarse la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia (art.162). Pese a ello, se ha dicho por algunos sectores que esta manifestación debe hacerse conforme lo indican las reglas para el juramento estimatorio en el Estatuto Civil sin detenerse a analizar que los artículos 162 y 165 de la Ley Contenciosa no hacen alusión de esta figura, que es propia del ámbito civil. Ahora bien, este análisis se ha realizado antes las diferentes instancias judiciales y debates doctrinales generando diferentes interpretaciones sin que exista una posición pacífica al respecto.
- d. La contradicción del dictamen pericial de igual forma se vio afectada por las diferentes interpretaciones que se dieron entorno a la integración del Código General del Proceso, ya que para algunos doctrinantes como Arboleda, no es posible remitirse a las normativas civiles, toda vez que se encuentra regulado en su integridad por la Ley 1437. Sin embargo, surge la duda de la remisión a la normativa civil ya que al eliminarse la objeción grave como lo indica Arias, la objeción debe hacerse en audiencia a través de lo que él denomina trámite *exprés* conforme a las directrices del Código General del Proceso.

- e. El decreto de pruebas de oficio es regulado por el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011 en su totalidad. Sin embargo, para algunos en la práctica judicial es claro que estas disposiciones pueden complementarse con el indicado por el artículo 170 del Código General del Proceso, lo que facilita la materialización del principio de contradicción de las partes.

- f. Tratándose de las excepciones previas, en la práctica, los operadores judiciales hacen remisión expresa al Código General del Proceso porque así lo dispone la normativa del CPACA. Sin embargo, las consecuencias de tal remisión aún no están claras ya que: en primer lugar, si se tramitan conforme a la normativa civil se reconocería que las excepciones previas no son susceptibles de apelación pues el artículo 321 del CGP no contempla este recurso; y en segundo lugar, una tesis negativa sostiene que no es posible una integración normativa dada la regulación exhaustiva que hacen los artículos 175.3 y el parágrafo 2, 180.6, y en caso de falta de jurisdicción y competencia están las normas especiales como lo son los artículos 158 y 168 del CPACA.

- g. La conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad presenta aspectos problemáticos frente al desarrollo en los procesos contenciosos, toda vez que el CPACA establece que este es un requisito de procedibilidad, presentando un debate cuando se solicita medidas cautelares pues el CGP lo refiere como una excepción a este requisito.

Así pues, el decisionismo ha abarcado la mayoría de los fenómenos procesales al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativo donde existe indeterminación, dotando de libertad al operador judicial para interpretar la ley según convenga para el caso concreto y determinado la integración de normas de Código General del Proceso, creando espacios de colisión o una pluralidad de decisiones frente al mismo caso atentando contra la seguridad jurídica, correcta administración de justicia o Tutela de Justicia en muchos casos.

Ahora bien, para solucionar esta problemática surge el principio de derrotabilidad de las normas como una herramienta útil que puede resolver la indeterminación a la que se

enfrenta el operador judicial y que se permite en la medida de que los casos reseñados no cuentan con un precedente jurisprudencial claro al que pueda ceñirse el juez. Esta surge cuando no es posible aplicar una norma o cuando al aplicarla se generan una variedad de opciones, es decir el papel del juez empieza reflejar el aspecto subjetivo y discrecional en sus decisiones. En tal sentido, este principio conlleva la inaplicabilidad de una norma que resulta de un proceso de análisis frente a las excepciones que presentan las disposiciones jurídicas a través del operador judicial en un caso específico derivado del análisis de preferencia de una norma sobre otra.

Sin embargo, es pertinente aclarar que este principio no puede entenderse de forma ilimitada ya que el análisis de las normas que hace el funcionario conlleva el ejercicio de facultades discrecionales que deben ir en consonancia con las garantías fundamentales de una correcta administración de justicia. Lo anterior, con fundamento a lo que describe cuando Guastini las normas que dejan derrotables no siempre permanecen de la misma forma permitiendo que tales pronunciamientos sean posteriormente modificados por otros jueces.

Ahora, esta ponderación como lo afirma Prieto no se concibe como la solución indubitable a las indeterminaciones que se presentan frente a la interpretación de la normas reseñadas ya que en ocasiones presenta vacíos y no es posible decantar preferencias de una norma sobre otra pues esta herramienta solo presenta soluciones al caso en concreto presentándose lo que él denomina la “Jerarquía Móvil”. Es por esta razón que, la ponderación que se hace frente al uso de la derrotabilidad de las normas debe responder al control constitucional y al defensa de los derechos humanos, esto es, la defensa de Tutela Judicial Efectiva, que permita brindar seguridad jurídica al administrado.

A partir de lo anterior, se toma como base para la solución de esta problemática la aplicación de un Sistema de Derrotabilidad normativa que debe ser estudiada en concordancia con la Tutela Judicial Efectiva o Administración de Justicia, de tal manera que ésta regule las actuaciones por parte de las autoridades judiciales sirviendo de medio de protección a las garantías procesales, estableciendo un medio organizado para lograr un

límite a la discrecionalidad judicial. Es de afirmarse, siguiendo lo indicado por Navarro y Rodríguez que “podría concluirse que las normas jurídicas deberían ser consideradas como inderrotables o derrotables de conformidad con la presencia o ausencia de una regla de clausura de la relevancia en el sistema jurídico de referencia” (2000, p. 83).

Como consecuencia de la aplicación del sistema de derrotabilidad-Tutela Judicial Efectiva y para dar solución a las vicisitudes planteadas se proponen las siguientes alternativas: a. Frente al proceso ejecutivo, la contradicción del dictamen pericial, el decreto de pruebas de oficio, la regulación del proceso frente al trámite de excepciones previas y la conciliación extrajudicial en los asuntos Contencioso Administrativos debe integrar la normativa civil con el fin de evitar ambigüedades y dar certeza a la decisión judicial, b. Para el tema de imposición de costas judiciales se reconoce el criterio objetivo valorativo para la liquidación de las mismas conforme lo indica el Código General del Proceso. Sin embargo, se atiene al tenor literal del artículo 188 en el sentido de que su causación no procede de forma automática sino que el operador judicial debe disponer si las decreta o no en la medida de verlas comprobadas y c. En cuanto a la figura del juramento estimatorio no es posible integrar la normativa civil, toda vez que la figura del juramento estimatorio tiene una naturaleza totalmente diferente a la manifestación que debe hacerse según el CPACA.

Razonablemente con esta herramienta es necesario que una vez se haya realizado el respectivo análisis de las vicisitudes planteadas a través de la derrotabilidad y con el fin de evitar la jerarquía móvil se haga un pronunciamiento del Consejo de Estado tendiente a la unificación jurisprudencial frente a las disposiciones problemáticas acerca de los casos de los procesos ejecutivos, la condena en costas, el juramento estimatorio, la contradicción del dictamen, las pruebas de oficio, las excepciones previas y el requisito de procedibilidad con el fin de brindar certeza y seguridad jurídica al administrado.

Referencias

Bibliografía

- Agudelo, O. (2011). *La función de establecer correlaciones entre casos y soluciones como modelo indecidible*. En González, P. (2011). *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre. pp. 239-256, p. 244
- Alchourrón y Bulygin (1976) en Sucar, G., & Rodríguez, J. L. (1998). *Las trampas de la derrotabilidad*. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho.
- Alexy, R. (2011). *La construcción de los derechos fundamentales*. En Clerico, L. y Sieckmann J. *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Cornares. p. 2
- Amado, J. A. G. (2014). *Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas*. *EUNOMÍA*. Revista en Cultura de la Legalidad, p. 6-40.
- Arango, E. B. (2015). *Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable*. *Estudios de Derecho*, 72(159), 215-247.
- Arias García, F. (2013). *El impacto del Código General del Proceso en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez. p. 156 -157
- Atienza, M.; García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra, Lima, Perú
- Bell, J. (1992), "Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View", en Hawkins, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.
- Bäcker, C. (2014). Reglas, principios y derrotabilidad. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (37), 31-44.
- Bayón Mohíno, J. C. (1996). Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional. *Jueces para la democracia*, (27), 41-49.
- Bernal, C. (2006). *La racionalidad de la ponderación*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 26(77), pp. 51-75.
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial: Fernando Torres-Editor, Valencia. P. 344.
- Botero, B. Ciuro Caldani, M. Eduardo, R. Grun, E. Bouvier, E. Rodríguez, J. Ramírez, R. Tamayo, R. Ruiz, A. (2004). *Ideas & Derecho*. (4). P. 109

- Briceño de Valencia, M. (2015). *La condena en costas en la Ley 1437 de 2011, Justicia Contencioso administrativa: Avances, retos y metas*. Edición 001, anual, Bogotá. Carvajal Soluciones de Comunicaciones SAS. P.p. 12-20.
- Bustamante, T. (2010). “*Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem*”, en Bonorino Ramírez, Pablo (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*. Disponible en: <http://www.bubok.es/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>.
- Cárcova, C. M. (1994). *Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. Jueces para la democracia*, (24), 32-37.
- Carrió, G. (1979). *Notas sobre derecho y lenguaje*. (2). Editorial Abeledo-Perrot. P. 27
- Corvalán, J. (2016). *Derecho administrativo en transición reconfiguración de la relación entre la administración, las normas y el Poder Judicial*. *Astrea Virtual*, (1), 181
- Cruz Tejada, H -Coordinador- (2017) *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Curcó Cobos, F. (2013). *La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la Modernidad*. *Diánoia*, 58(71), 79–103.
- De Enterría Martínez-Carande, E. G. (2004). *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Stone Court Shipping Company, SA c/España, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos*. *Revista de administración pública*, (163), 169-196
- Devis, H. (1984). *Compendio de derecho procesal*. Bogotá, Colombia: ABC
- Diz, F. M. (2014). *Del derecho a la Tutela Judicial Efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la Justicia*. *Revista europea de derechos fundamentales*, (23), 161-176.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Audiencia Inicial y Audiencia de pruebas Ley 1437 de 2011*, pág. 71-77
- Fabado, I. R. (2015). *La directiva de retorno y la Tutela Judicial Efectiva*. *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, (19), 115-126
- Faralli, C. (2002). *La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX*. *Anuario de derechos humanos*, (3), 133-215.
- Fernández Cruz, J. (2015). *Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control*

- de constitucionalidad de las leyes penales*. Revista Nuevo Foro Penal. Universidad EAFIT, Medellín. 11 (85). pp. 52-78.
- Ferrer, J. & Ratti, G. (2012). *Defeasibility and legality: a survey*. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 11-38). Oxford University Press en Arango, E. B. (2015). *Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable*. Estudios de Derecho, 72(159), 215-247.
- García-Yzaguirre, J. V. (2012). *La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de Las normas jurídicas*. Dikaion, 21(2).
- Garrido Gómez, M. (2009). *La predecibilidad de las decisiones judiciales*. Ius et Praxis, 15 (1), 55-72.
- Garzón Martínez, J. (2014). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo Sistema escrito- Sistema Oral*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá – Colombia. P.p. 628-631.
- Grajales, A., Negri, N. (2017). *Argumentación Jurídica*. Astrea Virtual. (1). P. 456
- Guastini, R. (2007). *Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Palestra del Tribunal Constitucional, 2(8). P. 636.
- Hart, H. (1980). *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Editora Nacional (2), México
- Hart, H.L.A. (1949). *The Ascription of responsibility and Rights*. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 49, 171-194
- Hernandez Gómez, W. (2015). *Audiencia Inicial y Audiencia de Pruebas Ley 1437 de 2011*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla Bogota: Imprenta Nacional de Colombia. P.p. 109-163
- Hernando, E. (2001). *Entre la excepción y la regla. El decisionismo jurídico frente a la escuela de Frankfurt*. Isonomía, (14), 159-177.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del derecho*. Traducido por Roberto, J. Vernengo. México UNAM. p. 350-351
- Lifante-Vidal, I. (2002), “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*”, Doxa, Núm. 25, pp. 413-439.
- Linares, S. (2004). *La independencia judicial: conceptualización y medición*. *Política y gobierno*, 11(1), 73-126.

- MacCormick y Weinberger citados en Faralli, C. (2002). *La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. Anuario de derechos humanos*, (3), 133-215.
- Mahecha, H. H., Cuadros, L. S., Castillo, I. R., Ángel, L. A. G., López, A. I., Camacho, M. D, Restrepo, Y. V. P. (2016). *Reflexiones jurídicas y socio jurídicas contemporáneas*. Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.
- Martínez, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, D, & Mateos, J. J. M. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Masciotra, M. (2016). *El poder discrecional de los jueces*. *Revistas ICDP*, 41(41).
- Mocoroa, J. M. (2017). *La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional*. *Prolegómenos*, 20(39), 73-85.
- Namén Vargas, Á. (2015). *Justicia contenciosa administrativa: avances, retos y metas. Por una pronta y cumplida justicia, abierta al mundo*. Carvajal Soluciones de Comunicación SAS, Edición 001, anual. Bogotá. P. 63-66
- Navarro, P., & Rodríguez, J. (2000). *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*. *Isonomía*, (13), 61-85.
- Nino, C. (2017). *Introducción al análisis del derecho*. *Astrea Virtual*. (2). P. 275
- Ortega, M. S. (2013). *Problemas interpretativos e indeterminación del derecho*. *Dereito: revista xurídica da Universida de de Santiago de Compostela*, 22(Ext).
- Nosetto, L. (2015). *Decisionismo y Decisión*. *Carl Schmitt Y El Retorno a La Sencillez Del Comienzo*. *POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, 20(2), 295–319
- Perrino, P. E. (2003). *El derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el acceso a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. *Revista de Derecho Público*, 2(1), 1-40.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *El constitucionalismo de los derechos*. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, coord. por Miguel Carbonell Madrid: Trotta. P. 220.
- Prieto Sanchís, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez Tamayo, M. (2013). *La Acción Ejecutiva ante la Jurisdicción Administrativa*, Librería Jurídica Sánchez R Ltda, Medellín – col, cuarta edición. P.p. 688-689.
- Ross, A. (1994). *Derecho y la Justicia*, traducción de G. R. CARRIÓ, 4.^a ed., Eudeba, Buenos Aires, P.P. 124 y ss

- Sánchez Baptista, N.R. (2017) *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica.
- Sandoval, O. D. (2011). *Concepciones del Derecho y discrecionalidad judicial*. Criterio Jurídico, 1(7).
- Schmitt, Carl (2001) “*Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*”, en Orestes Aguilar, Carlos (comp.) Carl Schmitt, teólogo de la política, México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, Carl (2009), *Teología política*, España, Trotta.
- Squella Narducci, A. (2006). *Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales*. Revista de Derecho (Valdivia), XIX (1), 277-292.
- Sucar, G., & Rodríguez, J. L. (1998). Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho.
- Terrile, R. (2018). *Derecho Constitucional. Conceptos y contenidos Fundamentales*. Astrea Virtual, (2). 80
- Vernengo, Roberto J. (1994), *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot p. 20
- Zegarra Vilches, J. (1997). *Aplicación del “Principio de especialidad” en las normas tributarias*.

Infografía

- Bäcker, C. (2014). *Reglas, principios y derrotabilidad*. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53977/1/Doxa_37_02.pdf
- Bayón (1996), en Rodríguez, J. L. (1997). *La derrotabilidad de las normas jurídicas*. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-derrotabilidad-de-las-normas-juridicas-0/>
- Bayón, J. (2001). *¿Por qué es derrotable es razonamiento jurídico?*, en Doxa, No. 24. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10187/1/doxa24_02.pdf
- Consejo de Estado. *Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

- Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/Libros/SeminarioIntPresentacionNuevoCodigoProcedimientoAdminContenciosoAdmin.pdf>
- García Figueroa, A. (2003). *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto del Derecho*. En *Diritto e Questioni Pubbliche*, No. 3. Recuperado de: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf
- Lifante Vidal, I. (2002). *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/research/dos-conceptos-de-discrecionalidad-juridica-0/007a93cc-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>.
- Martínez Zorrilla, D. (2004). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Universitat Pompeu Fabra. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/22716/tdmz.pdf;sequence=1>
- Moreso, J.J. (2008). *Ferrajoli o el Constitucionalismo optimista*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Recuperado de <http://hdl.handle.net/10045/19188>
- Ochoa Pérez, C. (2017). *Tratado de los Dictámenes Periciales, Instituciones Jurídicas, Económicas, Financieras, Contables y tributaria*. Recuperado de <http://libreriajuridicadike.com/sitio/images/pdf/DICTAPAG.pdf>
- Ortega, M. S. (2013). *Problemas interpretativos e indeterminación del derecho*. Recuperado de <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/download/1175/1542>
- Pazos, M. I. (2002). *Derrotabilidad sin indeterminación*. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/research/derrotabilidad-sin-indeterminacin-0/007a9b88-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>
- Rodríguez Santander, R. (2015). *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22404/roger_rodriguez_tesis.pdf
- Sánchez Baptista, N. (2017). *Derecho Procesal Administrativo*. Biblioteca Jurídica Dikè. Universidad Libre de Colombia. Bogotá. P.P. 746-748

Jurisprudencia

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A". (12 de diciembre de 2017). Radicado: 25000 23 25 000 1997 07790 01 (2243-214). [CP. Gabriel Valbuena Hernández]

Consejo de Estado, (6 de septiembre de 2017), radicado 11001-03-15-000- 2017-01491-00(AC). [MP. Stella Jeannette Carvajal Basto (E)]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B (18 de mayo de 2017) Radicado Numero: 50012333000201300870 02 (0577-2017) [MP. Sandra Lisset Ibarra].

Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, (9 de Noviembre de 2017), Rad. 18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (16 de Marzo de 2017). Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14). [CP. César Palomino Cortes]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (22 de abril de 2015). Radicación número: 68001-23-31-000-2013-00075-01(1648-14). [CP. Alfonso Vargas Rincón]

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (23 de Octubre de 2017). Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855). [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (2 de mayo de 2016). Radicación número: 44001-23-33-000-2014-00195-01(56080). [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)]

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera Subsección A. (1 de Agosto de 2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00038-00(56494). [CP: Marta Nubia Velásquez Rico]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (4 de Septiembre de 2017). Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01065-03(59358). [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (18 de Mayo de 2017). Radicación número: 250002336000201601452 01 (58018). [CP. Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (24 de septiembre de 2015). Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01260-01. [CP. María Claudia Rojas Lasso]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (1 de agosto de 2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00038-00(56494). [CP. Martha Nubia Velásquez R]

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (23 de Noviembre de 2017). Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00490-01(22702). [CP. Julio Roberto Piza Rodríguez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (18 de mayo de 2017). [CP. Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (10 de Marzo de 2016). Rad. No. 52001-23-33-000-2013-00145-01(2604-14). [CP. Eduardo Peregrino Ordóñez García]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (16 de julio de 2015). Expediente: 63001233300020130011701. [CP. Stella Conto Díaz del Castillo]

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (26 de Septiembre de 2013). Expediente: 08001-23-33-004-2012-00173-01 (20135). [CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (15 de enero de 2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02318-00. [CP. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (19 de enero de 2015).

Expediente 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-2013). [C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren]

Corte Constitucional, Sentencia C-829 (8 de octubre de 2002). [MP. Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional, Sentencia T-213 (16 de Marzo de 2012). [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sentencia T-264 (3 de Abril de 2009). [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sentencia U-768 (16 de octubre de 2014). [MP. Jorge Ivan Palacio Palacio]

Corte Constitucional. Sentencia C-043 (27 de enero de 2004). [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional. Sentencia C-173 (04 de Mayo de 2000). [MP. Hernando Herrera Vergara- Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. Sentencia C-279 (15 de Mayo de 2013). [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, providencia del 3 de agosto de 2016, radicado: 150013333013201400206-00.

Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito del Quibdó. (6 de septiembre de 2017). Radicado No. 27001- 33-33-001-2008-00251-00. [Ponente. José Ascensión Fernández Osorio]

Tribunal Administrativo de Boyacá, (21 de marzo de 2017), radicado 150013333013201400206-00

Tribunal Administrativo de Boyacá, providencia del 21 de marzo de 2017. Radicado: 150013333013201400206-01. [MP.- José Ascensión Fernández Osorio]

Tribunal Administrativo de Boyacá, providencia del 26 de Julio de 2017, expediente 15001233100020140104-01. [MP Fabio Iván Afanador García]

Tribunal Administrativo de Boyacá. (21 DE Noviembre de 2017). Expediente. 1500123330002001500570-00. [MP José Ascensión Fernández Hernández]

Tribunal Administrativo de Boyacá. Radicado No. 150013333004201400231-02. [MP. José Fernández Osorio]

Tribunal administrativo de Casanare. Providencia del 9 de febrero de 2015, radicado 85001-333-002-2013-00315-01 (23 de enero de 2017). [MP Néstor Raúl Trujillo]

Tribunal Administrativo Oral del Chocó, Interlocutorio No.127, (17 de febrero de 2017). Expediente Número 27001-23-33-003-2017-00003-00. [MP. Norma Moreno Mosquera]

Leyes

Congreso de la República de Colombia. (16 de Marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996] DO No. 42.745

Congreso de la República de Colombia. (16 de Marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996] DO No. 42.745]

Congreso de la República de Colombia. (18 de Enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011] DO No. 47.956

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [Ley 1562 de 2012] DO No. 48.489