

# Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado



**Rocío Mercedes Araújo-Oñate\***

Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia

## RESUMEN

Para poder establecer el contenido de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, se estudian sistemáticamente los elementos que caracterizan desde el punto de vista teórico-dogmático y a partir del significado que la doctrina, la jurisprudencia nacional y el derecho comparado les han otorgado a estas instituciones. Se extraen las consecuencias jurídicas que se derivan en la justicia administrativa a partir de los señalados derechos y se identifican algunos elementos que pueden tenerse en cuenta para fortalecer el valor justicia y el servicio público que lo concreta, la administración de justicia.

**Palabras clave:** Estado de derecho, acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, control jurisdiccional objetivo, control jurisdiccional subjetivo.

Para citar este artículo: Araújo-Oñate, Rocío Mercedes, "Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 247-291.



\* Abogada de la Universidad del Rosario con Especialización en Derecho Administrativo y profesora principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Magíster en Ciencias Administrativas con Énfasis en Planeación, Organización y Decisión Estratégica de la Universidad Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer y Magíster en Ciencias Jurídicas con Énfasis en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Ruprecht-Karls Heidelberg. Directora de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: rocio.araujo@urosario.edu.co

# *Access to Justice and Effective Judicial Constitutional Protection. A proposal to Strengthen Administrative Justice. A Comparative Law Perspective*

## **ABSTRACT**

In order to determine the content of the fundamental rights of access to justice and effective judicial protection of constitutional rights, the elements that comprise them are systematically analyzed from a theoretical-dogmatic perspective and from the meaning that doctrine, national jurisprudence and comparative law have assigned to these institutions. The paper discusses the legal implications for administrative justice based on said rights and identifies certain elements that should be taken into account to strengthen the value of justice and public services, which materializes in the administration of justice.

**Keywords:** Rule of law, access to justice, effective judicial protection of constitutional rights, objective jurisdictional control, subjective jurisdictional control.

## *Acesso à justiça e tutela judicial efetiva. Proposta para fortalecer a justiça administrativa. Visão de direito comparado*

## **RESUMO**

Para poder estabelecer o conteúdo dos direitos fundamentais de acesso à justiça e de tutela judicial efetiva, estudam-se sistematicamente os elementos que os caracterizam desde o ponto de vista teórico-dogmático e a partir do significado que a doutrina, a jurisprudência nacional e o direito comparado tem lhes outorgado a estas instituições. Extraem-se as consequências jurídicas que se derivam na justiça administrativa a partir dos direitos destacados e se identificam alguns elementos que podem ter-se em conta para fortalecer o valor, justiça e o serviço público que o concreta, a administração de justiça.

**Palavras chave:** Estado de direito, acesso à justiça, tutela judicial efetiva, controle jurisdicional objetivo, controle jurisdicional subjetivo.

## INTRODUCCIÓN

El sistema de protección constitucional de los derechos procesales de las partes en las actuaciones judiciales se encuentra enmarcado en Colombia dentro del modelo democrático y social de derecho, que propende por garantizar la plenitud del control jurisdiccional sobre todos los conflictos jurídicos que se ocasionen por motivo de las relaciones jurídicas de derecho privado o de derecho público, y se ha convertido en un postulado de primer orden que justifica la lucha contra las inmunidades del poder.<sup>1</sup>

La administración de justicia es un servicio público,<sup>2</sup> cuyo objeto es proveer en forma permanente y continua justicia a los conflictos jurídicos que son de su conocimiento para solucionarlos pacíficamente, procurando la ejecución de lo juzgado por tribunales independientes e imparciales, dentro de un marco de garantías procesales previamente establecidas por el ordenamiento jurídico.

El catálogo de garantías constitucionales de carácter procesal en el derecho colombiano se encuentra definido<sup>3</sup> principalmente por los artículos 29 y 229 de la Constitución Política (C.P.), que consagran, respectivamente, el derecho fundamental del debido proceso aplicado a toda actuación judicial y administrativa y el derecho de acceso a la justicia, cuyo último responsable es el juez, quien garantiza la vigencia y supremacía constitucional y legal, y, por lo tanto, los derechos y garantías reconocidas a las personas y el ejercicio legítimo y legal de los poderes constituidos.

Estos derechos enriquecen la vigencia del valor justicia, previsto en el preámbulo, como también en normas no contenidas en la Constitución, pero que la integran a la hora de realizar el control jurisdiccional.<sup>4</sup>

Hace parte de las garantías procesales aplicables en Colombia, en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969,<sup>5</sup> que en sus artículos 8(1) y 25(1) se refiere a la protección judicial de las personas, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles



<sup>1</sup> García de Entería, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1983.

<sup>2</sup> Colombia, Ley 270 de 1996 - Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 125, inciso 2.

<sup>3</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-774 del 25 de julio del 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>4</sup> Hacen parte del bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (C-358/97), los tratados limítrofes (C-191/98) y los convenios 87 y 88 de la OIT (T-568/99), entre otros.

<sup>5</sup> La República de Colombia, el 21 de junio de 1985, presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación.

y Políticos,<sup>6</sup> cuyo artículo 14 comprende la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos ni barreras desproporcionadas a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se puedan ejercer todas las garantías que se desprenden del derecho al debido proceso, a fin de obtener dentro de un plazo razonable la debida protección del Estado.

En medio de la confrontación histórica entre la igualdad jurídico-formal y la desigualdad socioeconómica, que trasciende al plano procesal, la pregunta que surge en el seno del señalado marco jurídico se refiere a la relación del derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 229 de la Constitución Política con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva definido por el derecho comparado, en especial el derecho constitucional alemán, italiano y español, para poder inferir si el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso hacen parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o si se trata del mismo derecho y entonces sería un concepto omnicomprendivo e indivisible, capaz de imponer un mandato a todos los organismos del Estado, para procurar la igualdad material, intentando un equilibrio entre el ejercicio de las potestades del Estado y los derechos de los ciudadanos.

Con este estudio, se muestra el avance constitucional que Colombia ha dado con el reconocimiento del valor justicia y del derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, pues en materia de garantías constitucionales encontrábamos únicamente en el texto constitucional de 1886 el artículo 161, que se refería a que toda sentencia debía ser motivada. No obstante ello, al celebrar los veinte años de la Constitución de 1991, vale la pena reflexionar sobre nuevos derechos y formas procesales que nos permitan fortalecer el señalado valor y la administración de justicia.

## 1. ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho fundamental de acceso a la justicia se relaciona con el servicio de administración de justicia y con la función de impartir justicia, instituciones previstas por los artículos 1º, 2º, 29, 228 y 229 de la C.P., así como los artículos 1º a 9º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996.<sup>7</sup> Por ello, conviene especificar el significado que tiene la justicia vista desde el ángulo del acceso:



<sup>6</sup> Suscrito por los representantes de la República de Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

<sup>7</sup> Younes Moreno, D. y Mejía Novoa, M.A., en: Colección de Reformas en la Rama Judicial, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), GMBH, Tomo I, *Descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Segunda edición actualizada, Bogotá, 2006, p. 24-28

- a) Como un valor constitucional es prevista en el preámbulo de la C.P. y es entendida como un compromiso general de alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico, jurídico y social justo,<sup>8</sup> mediante la regulación estatal de las relaciones de la persona con un trasfondo axiológico que conlleve a satisfacer esta cualidad.

Del valor justicia se deduce el deber que tiene el Estado de prestar un buen servicio al administrar justicia, derivándose la necesidad de que este sea eficaz, con lo que se impide el menoscabo de las garantías procesales y derechos que se pretendan, por ello el acceso a la justicia se refiere no solamente a la posibilidad de hacer uso de las herramientas procesales previstas por la ley y a que se avoque el conocimiento de estas, que se cautele provisionalmente el derecho, que se produzca un pronunciamiento razonado y motivado en tiempo prudencial que solucione el conflicto jurídico. Esto es lo que se llama la eficacia del acceso a la justicia.

- b) Como un concepto estructural y organizacional deducido a partir del artículo 116 de la C.P. y el título VIII, que define los órganos que administran justicia. Este punto de vista tiene en cuenta las instituciones que administran justicia, los procedimientos, los operadores que intervienen en la resolución de los conflictos, bajo el parámetro de trascender la igualdad y la justicia formal en igualdad y justicia material.

El análisis del derecho fundamental de acceso a la justicia conlleva a reflexionar sobre la suficiencia y pertinencia de los organismos previstos por la ley y los recursos para poder administrar justicia en forma eficaz, las instancias en que se tramitan los distintos procesos, la provisión de los servicios jurídicos para los pobres mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios gratuitos de asesoría legal, de defensores de oficio o del amparo de pobreza, o la necesidad de crear figuras que fortalezcan la defensa de los derechos y de los distintos intereses de las partes en el proceso, tales como nuevos criterios para tutelar cautelarmente los derechos o mediante el establecimiento de nuevas acciones, como ha sucedido en nuestro derecho con las acciones populares y de grupo, como mecanismos que extienden el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos o mediante la garantía de la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, bien a través de procesos o de procedimientos alternativos o de medidas que se adoptan para solucio-



<sup>8</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

nar problemas concretos, como puede ser la congestión de los despachos judiciales o reducir los tiempos procesales.

- c) Como un derecho fundamental el acceso a la administración de justicia se prevé en el artículo 229 de la Carta. Implica el reconocimiento al derecho a que se imparta justicia. Ello se deduce igualmente de lo establecido en el preámbulo de la Constitución, que implica que las autoridades que administran justicia deben garantizar la plenitud de garantías procesales a fin de obtener la vigencia de los principios, derechos y deberes constitucionales, debiendo orientar sus actuaciones hacia el logro del valor justicia dentro de las previsiones del ordenamiento jurídico.

El modelo del Estado democrático y social de derecho implica que el acceso a la administración de justicia, así como el derecho del debido proceso, la diligencia en el cumplimiento de los términos procesales y el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre los excesivos formalismos y la garantía que de estos derechos se desprenden deben ser garantizados de forma plena y efectiva, dentro del marco constitucional y legal, dado que su simple protección formal, como, por ejemplo, su mera enunciación en una Carta de derechos sería incongruente con el mandato de respeto de la dignidad humana, de allí entonces que el artículo 5° de la Carta haya reconocido, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas dentro de los cuales se encuentra el derecho de acceso a la administración de justicia, que conforme a las disposiciones citadas, ha de ser garantizado de forma material y efectiva. Por ello, las condiciones de tiempo, modo y lugar que tienden a fortalecer el acceso a la justicia han estado presentes dentro de los procesos de reforma a la justicia.

En este sentido, el legislador, en desarrollo de lo ordenado por el literal “a” del artículo 152 de la Carta y en observancia de lo dispuesto en el artículo 228 ídem, expidió la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuyo artículo 1° dispuso que “la administración de justicia es la parte de la función pública 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”.

El acceso a la administración de justicia comprende, en este orden de ideas, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección y el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley, que presente sus pretensiones en las respectivas instancias judiciales, que los órganos que administran justicia tramiten el proceso con las debidas garantías procesales y sean efectivos en la actuación procesal, debiendo por consiguiente el juez independiente y autónomo dar

un trato igualitario a las partes, analizar las pruebas, evitar dilaciones injustificadas, llegar a un libre convencimiento, aplicar la Constitución y la ley, y, si resulta pertinente en el caso particular y concreto, proclamar la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados<sup>9</sup> dentro de los marcos legales respectivos.

La Corte Constitucional ha calificado por ello el acceso a la justicia como un derecho fundamental,<sup>10</sup> susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela.

También la Corte Constitucional ha señalado que el derecho fundamental de acceso a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo<sup>11</sup> como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”.<sup>12</sup>

Funda la Corte dicha relación en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal, advirtiendo por lo tanto que el derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que estos resulten realmente idóneos y eficaces.

A su turno, esta afirmación la basa la Corte Constitucional en lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al señalar:

(...) 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.<sup>13</sup>

Además, la CIDH, al interpretar el artículo 25(1) de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos, ilustra los casos en los que no existe recurso judicial efectivo:



<sup>9</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-173 del 4 de mayo de 1993, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>10</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992, T-597 de 1992, T-348 de 1993, T-236 de 1993, T-275 de 1993 y T-004 de 1995.

<sup>11</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 15 de noviembre del 2001, magistrados ponentes Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy.

<sup>12</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 1996, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8º, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A Nº 9, párr. 24.

... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.<sup>14</sup>

- d) Con fundamento en este marco jurídico que relaciona estos derechos fundamentales, la Corte Constitucional, a partir del derecho de acceso a la justicia y en aplicación del artículo 25(1) de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos, ha deducido la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.<sup>15</sup> La posición anterior es asumida por la Sentencia C-1195 del 2001, antes citada, y mediante Sentencia C-426 del 2002,<sup>16</sup> donde la Corte Constitucional rectifica la definición del derecho de acceso a la justicia que había caracterizado como efectivo<sup>17</sup> y sostiene ya no una relación entre el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que encuentra que estos derechos son sinónimos, cuando señala: “El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva”, definiéndolo 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 legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes, concretando una garantía real y efectiva, previa al proceso, que se le otorga a los individuos para asegurar la realización material de este, previniendo que en ningún caso se puede padecer de indefensión, entendida como la ausencia del derecho a alegar y la imposibilidad de defender en juicio los propios derechos.



<sup>14</sup> *Ibíd.* Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales, y Godínez Cruz.

<sup>15</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-318 del 30 de junio de 1998, magistrado ponente Carlos Gaviria Muñoz.

<sup>16</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-426 del 29 de mayo del 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>17</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-416 del 22 de septiembre de 1994, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; C-037 del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa; y C-1341 del 4 de octubre del 2002, magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger.

A tal conclusión arrima la Corte Constitucional reiterando que hace parte de las garantías procesales aplicables en Colombia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

- e) El artículo 8(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica se refiere a la protección judicial de las personas, estableciendo las garantías judiciales, precisando que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De otro lado, el artículo 25(1) de la misma Convención<sup>18</sup> establece el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14 comprende, entre otros elementos, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos ni barreras desproporcionadas a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la defensa plena de los derechos o intereses propios, a fin de obtener dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado.

Las características del recurso previsto en el artículo 25(1) de la Convención se circunscriben a la obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, principalmente de carácter judicial, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la Ley, la efectividad del recurso, la interposición por parte de la víctima del recurso, la garantía del Estado de la consideración del recurso, la procedencia del recurso aun contra actos cometidos por autoridades públicas, con lo cual también debe ser procedente contra actos cometidos por sujetos privados, el compromiso del Estado a desarrollar el recurso judicial y la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.<sup>19</sup>



<sup>18</sup> El artículo 25(1) de la misma Convención señala: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>19</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, cap. V, A y B.

En cuanto a la obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Fundamentales<sup>20</sup> ha señalado que esta implica la idoneidad del recurso, que comprende su potencial para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla, así como también su capacidad de dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos.

En esta medida, los recursos judiciales deben existir no solo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados, lo cual comprende su idoneidad para proteger la situación jurídica infringida.<sup>21</sup>

El diseño del recurso debe brindar la posibilidad a la víctima de plantear la vulneración de un derecho humano, de lograr la protección y solución efectiva y adecuada frente a esas violaciones,<sup>22</sup> y de reparar el daño causado y permitir el castigo de los responsables.<sup>23</sup>

Finalmente, si el recurso no resulta sencillo y rápido, ello debe justificarse en la medida de la existencia de situaciones complejas desde el punto de vista fáctico o probatorio y de situaciones que requieren una solución compleja.<sup>24</sup>

Además de la idoneidad, el derecho a la tutela judicial efectiva debe cumplir con condicionamientos de tipo empírico,<sup>25</sup> que se refieren a las exigencias políticas e institucionales que permiten que un recurso previsto sea capaz de cumplir con su objeto y obtener el resultado para el cual fue previsto. Por ello, un recurso no es efectivo cuando es ilusorio por las circunstancias y condiciones generales del país<sup>26</sup> que toleran la impunidad de manera sistemática, y existe ineficacia judicial o imposibilidad de obtener una reparación de la víctima o del caso mismo, demasiado gravoso para la víctima o cuando el Estado no ha asegurado su debida



<sup>20</sup> CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, sentencia del 31 de agosto del 2001, Serie C N° 79, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero del 2001, Serie C N° 74, párr. 136; *Caso Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto del 2000, Serie C N° 68, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto del 2000, Serie C N° 69, párr. 164; *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C.

<sup>21</sup> Por ejemplo, CIDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia del 7 de junio del 2003, Serie C N° 99, párr. 121; *Caso Maritza Urrutia*, sentencia del 27 de noviembre del 2003, Serie C N° 103, párr. 117; *Caso Cantos*, sentencia del 28 de noviembre del 2002, Serie C N° 97, párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, op. cit., párr. 111; entre otros.

<sup>22</sup> CIDH, *Caso Cesti Hurtado*, sentencia del 29 de septiembre de 1999, Serie C N° 56, párr. 125; *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre del 2000.

<sup>23</sup> CIDH, *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, Sentencia del 13 de abril de 1999, N° 11610, Informe N° 49, párrs. 81 y 82.

<sup>24</sup> CIDH, *Caso Cantoral Benavides*, op. cit., párr. 165.

<sup>25</sup> CIDH, *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero del 2001, Serie C N° 74, párr. 137.

<sup>26</sup> CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, *María Da Penha Maia Fernandes*, Brasil, 16 de abril del 2001.

aplicación por parte de las autoridades judiciales, aspectos que pueden ocurrir cuando el ejercicio práctico de la controversia demuestre que el recurso es inútil para satisfacer el derecho, o cuando el juez o los tribunales no son independientes ni autónomos ni imparciales, o cuando faltan los recursos para ejecutar la sentencia o los proveídos, o cuando simplemente hay denegación de justicia, lo cual puede acontecer por el retardo injustificado de la decisión,<sup>27</sup> o por la falta de acceso al recurso, o por la adecuación a la situación de las víctimas, en especial cuando pudieran pertenecer a grupos en situación de vulnerabilidad, o por la adecuación del cuerpo judicial o administrativo que recibe y procesa la denuncia, y la adecuación del remedio para hacer cesar la violación, si esta continúa, a fin de ofrecer una reparación material y moral a la víctima, y de castigar a los responsables, cuando corresponda, e impedir que la violación se repita.<sup>28</sup> Conviene precisar que el Estado colombiano está obligado a adoptar las medidas, que aún no existieren, incluidas las legislativas, de tal manera que pueda garantizar la efectividad de los derechos que hacen parte del contenido de la tutela judicial efectiva y que se deduce de la citada Convención, en virtud del bloque de constitucionalidad y en atención a los artículos 93 y 94 de la Constitución Política y a los artículos 2º, 25 y 1(1) de la Convención Americana, por cuanto la República de Colombia, el 21 de junio de 1985, presentó un instrumento de aceptación, por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, donde se establece el derecho humano a la tutela judicial efectiva, interpretado como se ha citado por la CIDH, consideraciones que constituyen una variable decisiva de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>29</sup>

En síntesis, se puede afirmar que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales, por lo cual es deber del Estado garantizar la suficiencia y efecti-



<sup>27</sup> CIDH, Informe N° 29/01, Caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez y Otros*, El Salvador, 7 de marzo del 2001.

<sup>28</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, "La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados parte", 26 de mayo del 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrs. 15 a 20.

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-355 del 10 de mayo del 2006, magistrados ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

vidad de los instrumentos procesales que redunden en la protección jurídica de los ciudadanos.

## 2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO COMPARADO

Con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ha querido el derecho europeo,<sup>30</sup> seguido por los organismos internacionales de la Comunidad Europea, ampliar la esfera de garantías de los derechos e intereses legítimos de las personas, debido a la "... trágica experiencia jurídica de la época inmediatamente anterior..."<sup>31</sup> a la Segunda Guerra Mundial y a la dictadura del nacional-socialismo, en la medida en que existían actuaciones del Estado que se encontraban inmunes frente al control jurisdiccional o apariencia de procesos, donde las garantías previstas no eran reales ni efectivas.



<sup>30</sup> Una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la tutela *giurisdizionale*, en el sentido de que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate, refundiendo en la misma cláusula proteccionista el derecho a la defensa, vista como un derecho inviolable de las personas en cualquier estado o grado del procedimiento, de donde la jurisprudencia ha deducido la existencia de cautelas que trascienden la suspensión provisional ampliando la esfera de la tutela cautelar, subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano. El artículo 113 de la Constitución italiana complementa esta disposición, pues cobija la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que se hubieren vulnerado por los actos de la administración pública, por lo cual es la jurisdicción la que se encarga de controlar el acto administrativo, sin que se puedan permitir exclusiones. Ello implica un especial énfasis en el control jurisdiccional de los actos de la administración pública, como causa identificada de carencias del valor justicia en las relaciones de la administración y el ciudadano, sin abandonar el carácter revisionista de la jurisdicción que juzga dichos actos, pues la disposición citada comprende el control al acto y no a otro tipo de actuaciones u omisiones administrativas sin que implique por demás algún impedimento para que el legislador restrinja la autotutela administrativa o la institución del agotamiento de la vía gubernativa como condición de procedencia del acceso a la jurisdicción. Con todo ello, se predica que, a partir del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en la Constitución italiana, la facultad de acceso a la jurisdicción y las garantías que se deducen para que este sea pleno no es la única protección que involucra este derecho, sino que comprende además todas las actuaciones procesales posteriores a la presentación de la demanda y que son útiles para hacer real y efectiva la tutela jurisdiccional, incluidas las medidas cautelares que sirvan para proteger los derechos públicos subjetivos. De dicho derecho fundamental se siguió la declaratoria de inconstitucional del principio *solve et repete* y la justificación de la necesidad de que el proceso se tramite en un lapso razonable y, por lo tanto, se ha declarado que la duración del proceso no puede perjudicar a quien tiene la razón, *periculum in mora*, derivando con ello un criterio de procedibilidad de las medidas cautelares. También involucra el derecho a la defensa técnica y el derecho a la defensa contradictoria o no indefensión. Barnés Vásquez, J., "Addenda: un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la Constitución italiana", en Barnés Vásquez, J. (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 251-255.

<sup>31</sup> Barnés Vásquez, J., "La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)", en Barnés Vásquez, *La justicia...*, op. cit., p. 136.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949,<sup>32</sup> en su artículo 19(IV), estableció el derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva, considerado como un derecho general de libertad<sup>33</sup> y como la “coronación del Estado de derecho”, pues comprende el derecho procedimental básico, cuyo propósito principal fue ampliar<sup>34</sup> el conjunto de garantías procesales, es decir, el derecho de acceso a la jurisdicción y el debido proceso,<sup>35</sup> para comprender la justiciabilidad de los conflictos que se originen entre los ciudadanos y los poderes públicos, y con ello el control judicial efectivo frente al ejercicio del poder público, principalmente de la administración, con lo cual el derecho a la tutela judicial efectiva en Alemania se dirige principalmente a enjuiciar la actuación administrativa, mientras que los litigios que se deducen de las relaciones jurídicas privadas y de los procesos penales se fundan en la cláusula del Estado de derecho.<sup>36</sup>

En esencia, se trata de un control judicial efectivo sobre todo tipo de actuaciones administrativas<sup>37</sup> que vulneraban los derechos individuales,<sup>38</sup> sobre la base de garantizar al ciudadano, el control pleno y efectivo sobre todas las actuaciones administrativas que puedan poner en peligro o causar un daño o lesión a los derechos propios y libertades individuales, de donde se deriva que el legislativo debe establecer todo tipo de acciones y recursos jurídicos, así como proveer los medios personales, organizacionales y logísticos que sirvan para promover la defensa judicial, y en esa medida no cuenta con la posibilidad de excluir materias que hagan parte de la función administrativa del control judicial, ni el juez puede dejar de conocer ninguna



<sup>32</sup> Sommermann aclara que, tras la dictadura del nacional-socialismo con sus crímenes contra la humanidad y tras la derrota militar y moral después de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de 1949 estaba llamada a ser un orden político y social del “AntiLeviatán”, donde la dignidad de la persona fuese considerada como valor supremo y por eso intangible. Sommermann, K.-P., “El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho”, en Aberastury, P. (coord.), *Ley de la justicia alemana*, Konrad Adenauer Stiftung y Abeledo Perrot Ed., Uruguay, 2009, p. 1.

<sup>33</sup> Sommermann explica que el Tribunal Constitucional alemán entiende por este un derecho fundamental que comprende y concentra todas las libertades innominadas y del que se extrae una pretensión general consistente en que el poder estatal no genere un perjuicio que carezca de legitimación conforme a la Constitución. Sommermann, K.-P., “La justicia administrativa alemana”, en Barnés Vásquez, *La justicia...*, op. cit., p. 73.

<sup>34</sup> “Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen”.

<sup>35</sup> Se excluyen por lo tanto materias susceptibles de ser impugnadas a través de las acciones populares y las acciones que el legislador ha previsto a favor de ciertas asociaciones, que se encuentran instauradas para la defensa de la colectividad, las cuales están previstas expresamente en disposiciones legales.

<sup>36</sup> Barnés Vásquez, “La tutela...”, op. cit., p. 138.

<sup>37</sup> Barnés Vásquez sostiene, en contra de lo manifestado hasta ahora por el Tribunal Constitucional alemán y algún sector de la doctrina autorizada, que cuando se trata de la ley podría pensarse que cabe la protección a través de la tutela judicial efectiva solo en aquellos casos en que por una especial estructura normativa no sea posible el proceso indirecto contra la ley, es decir, el proceso por inconstitucionalidad, precisando que el recurso de amparo constitucional satisface de ordinario los requerimientos del artículo 19(IV) de la Ley Fundamental de Bonn.

<sup>38</sup> Sommermann, “La justicia...”, op. cit., p. 44.

pretensión de esta índole y, por lo tanto, todo conflicto jurídico de esta especie debe ser ventilado y resuelto efectivamente por la jurisdicción.

Ello ha implicado mayores poderes del juez para cobijar nuevos senderos de control, buscando proteger los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos, y, en consecuencia, la acción judicial se puede dirigir contra los actos administrativos, la inactividad de la administración, la simple ejecución de la ley, las actuaciones administrativas sometidas al derecho privado, y, por lo tanto, el juez debe decidir cuál es la solución razonable y oportuna para tutelar efectivamente el derecho. No implica, por el contrario, una tutela adicional contra las decisiones judiciales, pues frente a ellas opera la acción de amparo.

Dentro de las decisiones posibles, se cuenta el pronunciamiento de sentencias que ordenen a la administración a que dicte el acto administrativo que le fue solicitado, o a dar una respuesta, o que la administración dicte un nuevo acto basada en la interpretación que sostenga el tribunal, conocida como la acción de contestación (*Bescheidungsklage*), el reconocimiento del derecho a una prestación de la actividad solicitada, es decir, la realización concreta de una actividad concreta por parte de la administración o la oposición a una acción administrativa futura y la existencia de mecanismos que posibiliten al juez la ejecución de sus disposiciones.

Ello implica que, a partir del concepto de Estado de derecho y de la nueva institución creada, la tutela judicial efectiva, se estableció en la República Federal Alemana un sistema de control jurisdiccional subjetivo y, por lo tanto, su función es la de proteger a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos subjetivos de una manera plena y efectiva, lo cual redundará en trascender los principios y garantías formales propios del derecho de acceso a la justicia y del debido proceso, para pasar a un sistema de protección que garantice al ser humano su dignidad y su libertad individual frente al ejercicio del poder público,<sup>39</sup> controlando por consecuencia tanto al poder legislativo como al administrativo, mediante la densidad del control sobre las actuaciones adelantadas en el procedimiento administrativo, la legitimación por activa, las condiciones de acceso y procedibilidad de la acción y de la demanda, las medidas cautelares, las oportunidades de defensa, el trámite razonable y oportuno del proceso.

La tutela judicial efectiva alemana se funda en la cláusula del Estado de derecho y, desde este punto de vista, este derecho fundamental resulta específico, intenso y profundo para proteger los derechos de los ciudadanos que han sido lesionados por la administración pública, por ello va más allá del acceso a la justicia en la medida en que esta únicamente propende que



<sup>39</sup> Sommermann, "El papel...", op. cit., p. 6.

todos los conflictos jurídicos sean resueltos por la jurisdicción. Por consiguiente, también desborda las garantías que se deducen del debido proceso, que implican incluso la independencia y autonomía del juez o tribunal. Ello fundamenta que el derecho a la tutela judicial efectiva es más que el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, pues estas dos garantías procesales deben garantizarse en toda clase de actuación judicial.

Por ello, la tutela judicial efectiva en Alemania ha aparejado un proceso de fortalecimiento del alcance, la intensidad y las técnicas de control judicial sobre la acción administrativa,<sup>40</sup> lo cual se ha visto reflejado especialmente en criterios que han servido para enjuiciar conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y los fundamentos de hecho y de derecho del acto administrativo.

De otro lado, ha optado por un sistema subjetivo de control organizado en tres instancias, establecidas para garantizar al individuo sus derechos de manera efectiva y completa,<sup>41</sup> el cual, de acuerdo con el artículo 40(1) de la Ley de la Justicia Administrativa General del 21 de enero de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung VwGO*), apareja una cláusula general de competencia de la jurisdicción en la cual pueden caber varias pretensiones,<sup>42</sup> distinto del que se deduce del artículo 19(4) de la Ley Fundamental cuando señala que, si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios, con lo cual se pretende evitar cualquier vacío de control sobre la intervención del Estado frente a los derechos de los ciudadanos.

Además de estas previsiones, se suman diversas acciones previstas por la VwGO, cuya procedencia depende de la pretensión que el interesado pueda perseguir y que implica un procedimiento de control con efectos interpartes, distinto del previsto en el artículo 47 VwGO, que implica un control de normas jurídicas de rango inferior a las leyes de los Länder, en la medida en que la legislación del Land así lo disponga o de las ordenanzas dictadas en virtud de disposiciones del Código Urbanístico o de los reglamentos dictados con fundamento en el artículo 246, apartado 2, del Código Urbanístico.

En este orden de ideas, se estableció en la VwGO, además de la acción impugnatoria contra el acto administrativo que vulnera un derecho público subjetivo del actor (*Anfechtungsklage* – art. 42 VwGO), la acción prestacional



<sup>40</sup> Barnés Vásquez, "La tutela...", op. cit., p. 138.

<sup>41</sup> Sommermann, "El papel...", op. cit., pp. 5 y 6.

<sup>42</sup> Señala dicha disposición: "La vía jurisdiccional administrativa procede en todos los litigios de derecho público que no sean de naturaleza constitucional, salvo los que sean asignados por una ley federal a otro tribunal", aclarando Sommermann que la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución es también tarea de la justicia administrativa y que el recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal solo es admisible si el recurrente ha agotado la vía judicial. Sommermann, *ibíd.*, p. 7.

(*Leistungsklage* - art. 43 VwGO) que tiene por objeto la consecución de una pretensión de hacer, de dejar hacer o de abstención de la prestación y entre ellas, y entendida como un tipo básico, la acción de condena a la administración para que dicte un acto que ha denegado u omitido –*Verpflichtungsklage* - art. 42(1) VwGO–.

A su turno, el derecho a la tutela judicial efectiva alemán ha comprendido una relación estrecha con la protección de los derechos subjetivos, que es recogida de manera textual en el artículo 19(4) de la Ley Fundamental de Bonn, cuando señala “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público...”. Los derechos subjetivos son entendidos como la facultad de obrar, es decir, hacer, tolerar u omitir, de la persona dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico y de poder exigir por medios coercitivos de los demás el respeto correspondiente.<sup>43</sup>

El derecho a la tutela judicial efectiva se ha extendido para cobijar el interés legítimo o derecho reflejo del individuo, el cual es definido por el derecho objetivo como aquel que es jurídicamente relevante “... por adentrarse, en cuanto elemento fáctico, en la órbita de la realidad social que incide sobre la ordenada convivencia de la comunidad o colectividad, por lo que es digno de tutela jurídica”,<sup>44</sup> o, lo que es lo mismo, las situaciones indirectas de ventaja que las disposiciones jurídicas atribuyan a los ciudadanos, con lo cual se ha buscado ampliar el espectro de protección jurídica y de control judicial, sobre la base de entender los intereses legítimos individuales.

Blanke explica que un sector de la doctrina alemana encabezada por Otto Bachof y Ernst Forsthoff considera dentro de lo regulado por el artículo 19(4) de la Ley Fundamental de Bonn los intereses legítimos, por cuanto señalan que todos los intereses jurídicamente protegidos han sido elevados al rango de derechos públicos subjetivos. Sin embargo, la doctrina mayoritaria alemana excluye los intereses legítimos del ámbito de protección del artículo 19(4) de la Ley Fundamental de Bonn y del artículo 42(2) VwGO sobre la legitimación para ejercitar una acción y que implique el ejercicio de una acción popular.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, la teoría de la posibilidad *Möglichkeitstheorie*, a partir de la cual se encuentra legitimado para recurrir en Alemania en la acción impugnatoria o de anulación, de acuerdo con el artículo 42(2) VwGO, quien de modo manifiesto e inequívoco alega que existen derechos y pueda, por lo tanto, la jurisdicción reconocerlos, es decir, que la violación de los propios derechos o intereses parezca posible según las



<sup>43</sup> Se deduce de lo explicado por Blanke, H. J., “La legitimación procesal - Ilustrado en el derecho alemán y comparado del medio ambiente”, en Aberastury, *Ley...*, op. cit., pp. 23 y 24.

<sup>44</sup> Blanke, “La legitimación...”, op. cit., pp. 21-23, 28 y 29.

alegaciones del actor,<sup>45</sup> lo cual depende de cada caso concreto, analizando el grado de protección que el derecho objetivo representa.

Lo anterior se explica en la medida en que, además de ampararse ese querer jurídicamente reconocido, se garantizan las circunstancias fácticas que son jurídicamente protegidas de tipo subjetivo.

Toda vez que se trata de un derecho fundamental de carácter individual que procura la protección de todos los derechos públicos subjetivos,<sup>46</sup> se impone la necesidad de que el ordenamiento procesal se encuentre acorde con el derecho sustantivo y propenda por una plena y eficiente revisión del objeto litigioso, esto es, en sus aspectos de hecho como de derecho, que comprenda una resolución del conflicto efectiva y adecuada, porque no se trata de que el juez bajo el pretexto del derecho fundamental deje de aplicar las disposiciones procedimentales generales para decidir con fundamento en procedimientos a la medida de cada uno de los derechos subjetivos que se controvierten; de allí que el derecho a la tutela judicial efectiva implique un procedimiento administrativo y un derecho procesal acorde con las exigencias del derecho.

Se excluyen, por lo tanto, de este marco de protección las formas procedimentales aplicables en la actuación administrativa o en el proceso contencioso que impidan, obstaculicen o retarden de manera desproporcionada o irrazonable los derechos y garantías al justiciable.

Otra de las consecuencias que ha producido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso es la tutela cautelar y la tutela preventiva que impone la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia, y, por lo tanto, pretende evitar que la acción judicial se produzca cuando se ha ejecutado el acto o el hecho o se ha producido un daño irreparable.

También, se puede contar dentro de esta esfera de tutela efectiva la suspensión automática de los efectos del acto, por el solo hecho de la interposición de los recursos en la vía administrativa o la interposición de la acción en sede judicial,<sup>47</sup> con lo cual se procura que las partes en conflicto se encuentren en una situación de igualdad posicional, limitándose de esta manera la autotutela de la administración en relación con el ciudadano, de



<sup>45</sup> Sommermann, "La justicia...", op. cit., p. 72.

<sup>46</sup> Según lo explica Sommermann, comprende todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección y, por lo tanto, abarca el concepto de "interés legítimo". *Ibid.*, p. 49.

<sup>47</sup> El artículo 80(2) VwGO establece las excepciones referidas a la recaudación de impuestos, tasas o costas públicas, órdenes o medidas inaplazables de las autoridades de ejecución policial, en los casos expresos establecidos por la Ley Federal y en los casos en que el órgano competente para decidir sobre el recurso (*Widerspruch*) ordene la inmediata ejecución en razón al interés público o al interés preponderante de un interesado.

tal forma que se eviten situaciones irreparables y, por lo tanto, se suspenda su eficacia hasta tanto se decida sobre su legalidad.

El derecho fundamental de las personas de la tutela judicial efectiva en España se inspiró en el modelo alemán y se encuentra previsto en el artículo 24(1) de la Constitución, que consagra: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Sin embargo, comparando el derecho fundamental alemán con el español, se encuentran rasgos propios.

El marco de protección de los derechos constitucionales fundamentales en la jurisdicción contenciosa administrativa española está enmarcado en el contexto de un nuevo modelo de la protección de los derechos humanos y que transita por la redefinición del Estado de derecho<sup>48</sup> y la justicia como un valor, y, por ello, se ha establecido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,<sup>49</sup> que además de abarcar el derecho subjetivo cubija los intereses legítimos y proscribire todo tipo de indefensión.

Lo anterior se traduce en que el derecho a la tutela judicial efectiva española, como la alemana, según lo hemos ya explicado, comprende una protección jurisdiccional plena de todas las personas frente a la administración, así lo señala el artículo 1(1) de la Ley 29 de 1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa. También sigue la jurisdicción contenciosa administrativa española un sistema subjetivo de control, en forma similar como se ha establecido en el artículo 40 VwGO<sup>50</sup> de Alemania; al igual que esta legislación ha influido en el fortalecimiento de las medidas cautelares que hacen parte de la tutela judicial efectiva y que fueron previstas por la Ley 29 de 1998.

En este orden de ideas, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el acceso a la justicia y el principio de la universalización del control jurisdiccional de la actividad administrativa, el cual por virtud del derecho fundamental ha ampliado su ámbito y posibilidades de acceso, con lo que ha permitido al ciudadano el acceso sin limitaciones formales de ningún tipo y, por lo tanto, ha sido admitido como parte en el proceso. Este reconocimiento impuso la posibilidad de que las personas pudieran impugnar directamente



<sup>48</sup> El Estado de derecho realza la necesidad de sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como lo preceptúa el artículo 9(1) de la Constitución española, la vigencia del principio de legalidad, la seguridad jurídica, la irretroactividad de las leyes y la interdicción de la arbitrariedad.

<sup>49</sup> El profesor Sommerman lo llama la “coronación del Estado de derecho”. Sommermann, “La justicia...”, op. cit., p. 44.

<sup>50</sup> García Macho, R., “Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa alemana en la jurisdicción contencioso administrativa española”, en Aberastury, *Ley...*, op. cit., pp. 70 y 71.

disposiciones de carácter general. Así mismo, sirvió para flexibilizar la legitimación por activa, incluyendo a los individuos que tuvieran interés legítimo, expresión que se desprende directamente del artículo 24 de la Constitución española.<sup>51</sup> Comprende por lo tanto también los actos y disposiciones de órganos que no pertenecen a la administración pública, pero que, por su contenido y efectos, son de naturaleza administrativa, incluyendo toda clase de actos, disposiciones, contratos y conductas, tanto por acción como por omisión, y las vías de hecho.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha derivado un carácter anti-formalista del proceso contencioso-administrativo, que a su turno implica el principio *pro actione* y que anuda que el juez o tribunal obliguen al interesado a subsanar dentro de un plazo establecido por la ley los defectos formales de que carece el recurso,<sup>52</sup> todo ello para posibilitar una decisión de fondo.

Igualmente, el derecho a la tutela judicial efectiva española contiene el derecho a no sufrir jamás de indefensión y con ello el derecho a la defensa en el proceso, por lo cual, más que un proceso al acto, carácter objetivo, trata del enjuiciamiento de la administración, lo que implica el nuevo carácter subjetivo que propende por alcanzar la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la tutela judicial efectiva, soportado sobre la base de entender un juicio a la legalidad.

La tutela judicial efectiva ha conducido a que la justicia administrativa trascienda su rol histórico relativo a la protección de la legalidad objetiva a la que está sometida la administración, para convertirse en un sistema tutelar de situaciones jurídicas subjetivas,<sup>53</sup> con lo cual podrá aspirar a ser una justicia plena y efectiva, que procura un equilibrio entre el interés público y los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, no obstante la dificultad que de hecho se presenta por la desproporción del poder de la administración y los ciudadanos.

Implica lo anterior una necesidad de que el juez encuentre un justo equilibrio entre el interés general y los derechos y los intereses legítimos de los individuos, basado en el ordenamiento jurídico. Esto de suyo conlleva a que el juez deba pronunciarse en forma razonada, coherente y congruente sobre las pretensiones, sin arbitrariedades, con plena utilización de los recursos previstos en la ley procesal. Todo ello supone el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales en firme y a la ejecución de estas, así como a un



<sup>51</sup> Ruiz Risueño, F., *El proceso contencioso administrativo*, 7ª ed., Editorial Colex, Madrid, 2008, pp. 82 y 83.

<sup>52</sup> Ley 29 de 1998, art. 138.

<sup>53</sup> Al respecto, se encuentra abundante doctrina. Fernández Torres, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998; García de Enterría, E. & Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 584.

juez natural de la causa, a la imparcialidad con la que debe actuar el juez, a la publicidad del proceso, a la asistencia de un abogado, a la prohibición de dilaciones indebidas, a la utilización de los medios de prueba disponibles, a la remoción de obstáculos puramente formales, por señalar tan solo algunas de sus manifestaciones.<sup>54</sup>

Por ello, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva español se cataloga como un derecho omnicompreensivo y complejo que trata como una unidad todos los derechos que involucra,<sup>55</sup> el cual actúa en forma previa al proceso, porque impone unas obligaciones al legislador y una conducta determinada a la administración, y, de otra parte, contiene un conjunto de garantías procesales previstas en el artículo 24(2) de la Constitución española.

Al contener la tutela judicial efectiva la proscripción de la indefensión, lleva un claro mandato para el legislativo y para el operador jurídico referido a la promoción de la defensa, con lo cual se debe procurar la satisfacción de todo tipo de pretensiones, en el que no es posible establecer actuaciones, recursos o instancias irrazonables, desproporcionadas, inefectivas, limitativas de los derechos, innecesarias e injustificadas, pues ello iría en contra de la efectividad de la actuación procesal.<sup>56</sup>

El Tribunal Constitucional<sup>57</sup> ha inferido que el artículo 24 de la Constitución española hay que entenderlo con un sentido global, y por ello no es posible aislar ninguna de las garantías constitucionales de carácter procesal<sup>58</sup> para lograr que los derechos e intereses legítimos de las personas sean reconocidos. Esta consideración ha causado una “revolución pacífica”<sup>59</sup> en el derecho procesal español, en el que se incluye el contencioso-administrativo.

Como derecho fundamental<sup>60</sup> que es, sienta las bases del orden político y de la paz social, sobre el reconocimiento e inviolabilidad de la dignidad humana, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el imperio de la ley y el derecho y el respeto de los derechos de los demás, deduciéndose situaciones activas y facultades que se reconocen a



<sup>54</sup> Díez-Picazo Giménez, L. M., “Estudios y comentarios legislativos”, Civitas - Aranzadi, Madrid, enero de 2008, en <<http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=le4f2210016fb11dfa59e01000000000&sruid=ia744900c0000012ab7bde258b6a43c17>>.

<sup>55</sup> Igualmente, el acceso a la justicia es un término plural y puede aludir a una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva. Ver De la Sierra, S., *Tutela cautelar contencioso administrativa y derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 116 y 117.

<sup>56</sup> STC 142 de 1994, del 9 de mayo.

<sup>57</sup> STC 9 de 1982, del 10 de marzo, y STC 817 de 1997, del 4 de junio.

<sup>58</sup> Cano Mata, A., “El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional, artículo 24 de la Constitución”, *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1984.

<sup>59</sup> García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 101 y 103.

<sup>60</sup> C.E., art. 101(1).

todas las personas en su relación con el Estado y que le permiten exigir de esta una obligación o conducta concreta, bien sea de hacer, no hacer, dar o abstenerse.<sup>61</sup>

Del carácter prestacional<sup>62</sup> que ostenta el derecho, surge la obligación para los órganos del Estado de interpretar las disposiciones jurídicas conforme con los cánones constitucionales y exige en particular a los jueces interpretar las normas procesales en la forma que resulte ser más favorable para la eficacia de la protección de los derechos e intereses legítimos de las partes, fundado en el derecho que tienen los ciudadanos a que el juez conozca el conflicto, lo enjuicie y haga ejecutar la sentencia<sup>63</sup> frente a todo tipo de actuaciones administrativas que los afectan y a que controle la legalidad de la actuación de la administración pública, persiguiendo el sometimiento pleno de esta a la ley y al derecho, quien debe servir con objetividad a los intereses generales, según se desprende del artículo 103 de la Carta. Ello obliga al juez a realizar un control exhaustivo, íntegro y repleto de garantías procesales, así el deber de ejecutar las disposiciones judiciales, en aras de garantizar los derechos e intereses legítimos de las partes del proceso.

Este derecho fundamental es tendencialmente absoluto, lo que significa que no es ponderable<sup>64</sup> cuando colisiona con otros derechos fundamentales o valores constitucionales. Los únicos límites que se le imponen son aquellos que no se pueden franquear, como cuando ocurre con la inviolabilidad parlamentaria.

Con razón sostiene García de Enterría que los parámetros de intensidad y efectividad que del derecho a la tutela judicial efectiva se deducen rigen por igual en el proceso contencioso-administrativo, no obstante que se trate de la relación de la administración pública y los ciudadanos, pues para esta relación jurídica no existen excepciones ni atenuaciones.<sup>65</sup>

El titular del derecho a la tutela judicial efectiva es toda persona que pretenda que sus derechos subjetivos e intereses legítimos sean garantizados, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.<sup>66</sup>

Independientemente de la pretensión, su objeto o su fundamentación, existe el deber de la jurisdicción de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con



<sup>61</sup> Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 438 y ss.

<sup>62</sup> Alzaga Villamil, Ó.; Gutiérrez Gutiérrez, I. & Rodríguez Zapata, J., *Derecho político español, según la Constitución de 1978 II. Derechos fundamentales y órganos del Estado*, 4ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 91.

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia 32 de 1982, del 7 de junio, Sala Primera, ponente Gloria Begué Cantón.

<sup>64</sup> STC 176 del 2001, del 24 de marzo.

<sup>65</sup> García de Enterría & Fernández, *Curso...*, op. cit., p. 581.

<sup>66</sup> Antecedente de este valiosísimo principio es el artículo 19(IV) de la Ley Fundamental alemana de 1949.

lo que se deben sustraer las prácticas procesales restrictivas y excesivamente formalistas que se han encontrado en la historia de la evolución de la jurisdicción, y, por ello, la contenciosa administrativa no puede ser concebida “como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la administración y de los administrados”.<sup>67</sup>

El artículo 24 de la Constitución española consagra la generalidad del derecho, carácter que cobija a todas las personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras e incluso en el caso en que estas se encuentren en situación irregular en territorio español,<sup>68</sup> que hubieren sufrido un quebranto en sus derechos y libertades, quienes pueden ejercer el derecho para reclamar de los jueces y tribunales el reconocimiento efectivo de sus intereses legítimos y derechos, cualquiera que sea la materia de la que se pueda tratar. Al ser la tutela judicial efectiva un derecho generalizado, el acceso a la jurisdicción es amplio, por lo que no puede excluir materias o derechos e intereses de las personas del control judicial, pues no es dable la indefensión.

La única excepción a la generalidad aludida es la que se desprende del artículo 24 de la Constitución, toda vez que este derecho no lo pueden invocar las personas jurídico-públicas, siéndoles permitido hacer valer la tutela judicial efectiva en aquellos procesos en que intenten pretender un derecho o interés legítimo, no en aquellos otros en que actúan como “garantes de la legalidad de los actos” de la administración.<sup>69</sup>

En síntesis, la tutela judicial efectiva está constituida en una fórmula omnicompreensiva<sup>70</sup> que cobija el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, las garantías que se deducen del derecho a la defensa, la efectividad de la sentencia y la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos,<sup>71</sup> con lo cual imprime a los organismos del Estado el deber de respeto y garantía de este derecho fundamental, sin permitir zonas de exclusión del control, así como proscribire cualquier espectro de indefensión. El principio constitucional encierra un reconocimiento de la garantía jurisdiccional plena, lo cual no basta porque en aras de la efectividad del derecho debe atender la desigualdad posicional de las partes en conflicto, en la medida en que la administración puede ejecutar el acto no obstante de que se ha ejercitado la acción



<sup>67</sup> STC 136 de 1995, del 25 de septiembre.

<sup>68</sup> SSTC 236 del 2007, del 20 de diciembre.

<sup>69</sup> SSTC 176 del 2001, del 24 de marzo.

<sup>70</sup> Bacigalupo Saggese, M., “El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1992, (128).

<sup>71</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia 22 de 1982, del 12 de mayo, Sala Segunda, ponente Luis Díez Picazo.

que corresponde ante la jurisdicción, y, por ello, la tutela judicial efectiva incluye mayores poderes al juez, como puede reflejarse, por ejemplo, ante las omisiones de la administración o en las extralimitaciones que conlleven a ordenar el no hacer, a ejecutar sus propias decisiones y a disponer de las medidas cautelares que impidan un perjuicio irremediable al ciudadano.

Con este significado del aludido derecho, antes de que fueran adoptados los textos constitucionales, la doctrina española comenzó a discutir<sup>72</sup> en materia del derecho administrativo hasta qué punto el sistema histórico y revisionista de lo contencioso-administrativo, caracterizado con un control posterior y objetivo, puede subsistir, pues bajo este esquema de lo que se trata es de una garantía jurisdiccional integral que no implique solamente el control posterior al acto, sino que imponga condenas de hacer o no hacer a la administración, como también serios límites a la prerrogativa de la decisión ejecutoria o autotutela de la administración y poderes suficientes al juez para que pueda ejecutar sus decisiones, que comprenden un régimen de medidas cautelares bastante amplio.<sup>73</sup>

El gran reto es poder alterar el modelo impugnatorio-anulatorio a partir de la Constitución de 1978, a fin de eliminar el control revisionista limitado atribuido al juez contencioso-administrativo, para establecer competencias suficientes y oportunas que tiendan a juzgar íntegra, directa e inmediatamente las relaciones y situaciones administrativas,<sup>74</sup> concediéndole importancia a los derechos de las personas.

### **3. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA O TUTELA JUDICIAL GENERAL DE TODOS LOS PROCESOS EN COLOMBIA**

Parte de la doctrina colombiana<sup>75</sup> considera que la Constitución colombiana reconoce a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva y se señala que esta tiene un carácter prestacional que busca que se despliegue



<sup>72</sup> Parejo Alfonso, L., "La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa; a propósito de los artículos 24 y 104 del anteproyecto de Constitución", *Revista de Administración Pública*, septiembrediciembre de 1977, (84).

<sup>73</sup> Ley 29 de 1998, del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA), artículos 129 a 136.

<sup>74</sup> En este sentido, ver: García de Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pp. 74-75, y Beltrán de Felipe, M., "Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso administrativo", en Martín-Retortillo Baquer, S., *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor E. García de Enterría*, Vol. 4, 1991 (Del poder judicial, organización territorial del Estado), p. 3110.

<sup>75</sup> Cifuentes Muñoz, E., "Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (síntesis de la doctrina constitucional)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1999, (3), p. 276, y Restrepo Medina, M. A., "La necesidad de ampliar la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, julio-diciembre, año/vol. 7, (2), p. 192.

la actividad judicial y se responda a través del proceso a las pretensiones que se formulan, las que deben resolverse con base en el sistema de fuentes establecido por la jurisdicción independiente, imparcial y en un término razonable, mediante una decisión de fondo motivada, salvo que concurren causas legítimas de inadmisión.

Con esta caracterización, se trata en realidad únicamente del derecho de acceso a la justicia y de las garantías que se desprenden del debido proceso. Con ello, se está simplificando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del derecho comparado y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la plenitud de las garantías procesales que deben estar presentes en todo tipo de procesos y que necesariamente deben ser eficaces para proteger los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos.<sup>76</sup>

El derecho a la tutela judicial en Colombia es deducido de lo consagrado en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución, y en el artículo 25(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, disposiciones que consagran la administración de justicia como una función pública, el carácter de independiente y autónomo de las decisiones, la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, la injustificación de las dilaciones en los procesos, el derecho de acceso a la justicia, el sometimiento de los jueces al imperio de la ley y la citación de otras fuentes como criterios auxiliares de la actividad judicial.

Sea lo primero resaltar que los anteriores elementos se deducen del bloque de constitucionalidad<sup>77</sup> atrás analizado y que imponen en el país el conjunto de garantías que se deducen del Sistema Interamericano de derechos humanos del que hace parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, que rigen y son exigibles en Colombia. Sin embargo, surge la pregunta sobre cuál ha sido el alcance que se ha derivado del derecho a la tutela judicial efectiva en Colombia,



<sup>76</sup> La jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia protege no solo los derechos subjetivos, sino los intereses legítimos en las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa, como se deduce de los artículos 84 ("Toda persona podrá solicitar..."), 85 ("Toda persona que se crea lesionada..."), 86 ("La persona interesada...") del Decreto-Ley 1 de 1984. Los artículos 137, 138 y 140 de la Ley 1437 del 2011 ratifican el mismo concepto. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno, sentencia del 15 de abril del 2010, radicación 11001-03-24-000-2003-00332-01.

<sup>77</sup> La Corte Constitucional en las sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-358 de 1997, entre muchas otras, ha definido que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integradas a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

en especial con el sentido que se deduce del derecho constitucional alemán o español, que de otro lado ha servido de modelo a las instituciones que se han desarrollado en la Comunidad Europea.<sup>78</sup>

Estas disposiciones que devienen del orden internacional intensifican la relación entre la existencia de las garantías procesales propias del Estado de derecho y la necesidad de la efectividad de la jurisdicción cuando se ha promovido un proceso y se encuentre en juego la vigencia de derechos fundamentales de la persona.

Siguiendo lo anterior, la Corte Constitucional ha deducido la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la tutela judicial efectiva,<sup>79</sup> precisando que el derecho comprende<sup>80</sup> no solo el derecho de acceso a la justicia, sino que también debe considerarse, de otro lado, la obligación correlativa de las autoridades judiciales de promover e impulsar todas las condiciones que sean necesarias para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo, con lo cual se deben descartar las actuaciones nominales que no logren tal finalidad. Se entiende por lo tanto que el derecho extraído por la Corte involucra la necesidad de que los jueces deriven en sus providencias la dimensión *pro actione*, lo que representa un avance significativo en la protección de los derechos de las personas.

El derecho a la tutela judicial efectiva, según lo hemos ya explicado atrás, además de recoger las garantías que imponen la plenitud de las garantías procesales y que tienden a proteger al ciudadano frente al trámite procesal de la causa, que se resumen en el derecho de acceso a la justicia, en el debido proceso y en el derecho a la defensa, a más de estos derechos, constituye un mandato constitucional dirigido a todos los órganos del Estado para que en el seno de sus actuaciones protejan de manera efectiva los derechos de los individuos, lo que a su turno deriva en la posibilidad del titular del derecho de exigirlo ante los tribunales.

De otro lado, la tutela judicial efectiva contiene así mismo un mandato para los que ejercen función administrativa, en la medida en que los organismos que la ejercen en el seno de las actuaciones administrativas deben respetar los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, de tal manera que pueda existir un marco de mayor equilibrio entre las prerrogativas de la administración pública y los derechos de las



<sup>78</sup> De la Sierra, S., *Tutela cautelar contencioso administrativa y derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004.

<sup>79</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 1998, del 30 de junio, magistrado ponente Carlos Gaviria Muñoz.

<sup>80</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-247 del 2007, del 10 de abril, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

personas; por el contrario, es conocida la invitación que hacen para que los interesados presenten acciones de tutela en su contra.

Con todo lo anterior, surge el cuestionamiento relativo a la existencia y vigencia real del derecho a la tutela judicial efectiva, que sobrepase las garantías procesales que deben reinar en todo proceso y que tengan el carácter omnicompreensivo e indivisible que se ha previsto en España o en Alemania para efectos de someter principalmente a la administración a un control judicial íntegro, pleno y profundo, y que represente el fortalecimiento del sistema de control objetivo propendiendo por una mayor intensidad en el sistema subjetivo, que procure un equilibrio entre el ejercicio del poder público y los derechos de los ciudadanos.

Para ello, es necesario considerar la intensidad y la técnica del control judicial sobre la actuación administrativa, que debe tender a evitar zonas inmunes al control o dificultades procesales en el actuar de los titulares del derecho y la forma misma en que la jurisdicción procede, así como los poderes del juez, la duración de los procesos, la tutela cautelar y las condiciones de procedibilidad de las acciones.

Los anteriores elementos sirven de parámetros para delimitar el concepto de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya no solo en cuanto se relaciona con la forma como debe tramitarse el proceso, sino con los mandatos que ha deducido el derecho comparado con relación al comportamiento de los otros organismos del Estado, pues es indiscutible que los jueces deben procurar todas las garantías procesales que se deducen del derecho de acceso a la justicia, del debido proceso y del derecho a la defensa, y deben ser efectivos en la protección de los derechos de las personas en el marco de las actuaciones procesales, pero ello no es suficiente para que se deduzca una morigeración del principio de autotutela administrativa para reflejar un marco también de protección de los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Concretamente, se trata de deducir un mandato para el legislador en aras de eliminar los elementos que permiten una inmunidad frente al ejercicio del poder atribuido a la administración que cobije una mayor intensidad del sistema de control jurisdiccional subjetivo, en los términos anteriormente examinados, y mayor oportunidad e intensidad en el control judicial sobre los organismos que ejercitan función administrativa, pues ellos, en desarrollo de la ley, anteponen sus prerrogativas y privilegios legales a los derechos públicos e intereses legítimos de las personas.

Para demostrar los anteriores aspectos, nos detendremos brevemente a analizar la manera como se ha regulado el alcance, la intensidad y las técnicas de control judicial sobre la acción administrativa, las características generales de la jurisdicción contenciosa administrativa, la apertura y efecti-

vidad de la jurisdicción, la duración de los procesos y la tutela cautelar, de tal forma que podamos establecer en qué punto del camino estamos para lograr el derecho a la tutela judicial efectiva con un significado superior al de las garantías procesales que deben mediar en todo proceso. Con este método se puede contestar la pregunta de si la tutela judicial efectiva que se predica existe en Colombia, tiene vigencia real.

Además, se debe advertir la existencia del valor normativo<sup>81</sup> que tienen los preceptos constitucionales; no cabe duda que, al acecho de sus principios y en la Convención y Pacto antes señalados, la jurisdicción administrativa se encuentra obligada a lograr una justicia eficaz, ajena a interpretaciones y prácticas formalistas que pudieran enervar su fin, y, por ello, debe proteger efectivamente los derechos procesales de las partes y efectivizarlos.<sup>82</sup>

### **3.1. Alcance, intensidad y técnicas de control judicial sobre la acción administrativa colombiana**

Un primer elemento por tener en cuenta es que, no obstante diecinueve años de vigencia de la nueva Constitución, el legislativo tan solo a partir de la Ley 1437 del 18 de enero del 2011 renovó con base en sus postulados el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo, lo que ha implicado que el Decreto-Ley 1 de 1984 ha tenido vigencia y regirá hasta el 1° de julio del 2012 sin que la nueva visión constitucional se hubiere adaptado a las reglas del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo.

En este orden de ideas, el artículo 170 del Decreto 1 de 1984 señala que el juez debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones, con el objeto de resolver todas las peticiones, y, por lo tanto, la sentencia tiene que motivarse. El artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 señala que la sentencia tiene que ser motivada y en ella se hará un breve resumen de la demanda y



<sup>81</sup> Se puede al respecto consultar las distintas providencias de Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-375/04, del 27 de abril, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-804/06, del 27 de septiembre, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-820/06, del 4 de octubre, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-905/06, del 3 de noviembre, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-192/06, del 15 de marzo, M. P. Jaime Córdoba Triviño, que explica que “la fuerza normativa de la Constitución, en la versión amplia de la noción que incluye todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad, impone a todos los poderes constituidos (C.P., art. 121) del Estado, sin excepción de ninguna clase, el deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que viole la Constitución, o *contrario sensu*, los obliga a cumplir sus funciones conforme a lo que ella establece. Lo mismo se predica de los particulares (C.P., art. 95). No obstante, en lo que concierne al control de constitucionalidad abstracto, dentro del marco de competencias fijado por el artículo 241 superior, interesa, exclusivamente para el asunto de la referencia, la actividad del legislador”.

<sup>82</sup> Araújo Oñate, R., “El preámbulo de la Constitución, los principios y valores constitucionales y la justicia administrativa”, en Restrepo Medina, M. A. (coord.), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp.167 y ss.

de su contestación, y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

De la comparación de estas dos disposiciones aparece más nítido en el Decreto 1 de 1984 el deber de examen y revisión de todas las cuestiones de hecho que el caso plantea, sin que el juez pueda limitarse únicamente a las cuestiones de derecho, y, por lo tanto, la legalidad de la sentencia tiene una relación directa con los supuestos de hechos que contiene la norma, aspecto pues que también debe ser cuestión de examen por el juez.

Existe diverso grado de vinculación de sometimiento de la administración al derecho. Es más denso el grado de vinculación de la administración a la ley cuando estamos en frente de actuaciones regladas, mientras las actuaciones que concretan potestades discrecionales al grado de sometimiento son menos densas, por virtud del margen de autodeterminación que le confiere el legislativo a la administración.

En este orden de ideas, llama la atención lo establecido tanto en el artículo 1° del Decreto-Ley 1ª de 1984 como en el artículo 2° de la Ley 1437 del 2011, referido a que las disposiciones de dichos códigos, con respecto al procedimiento administrativo, no se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción, porque una cosa es que la ley renuncie a predeterminar el contenido de la decisión y otra bien distinta es que la actuación esté abandonada a su suerte y no contenga ningún parámetro legal al que se deba someter y con el que se pueda controlar.

De otro lado, el artículo 36 del Decreto-Ley 1 de 1984 y el 44 de la Ley 1437 del 2011 señalan que, en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, esta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Es de interés del derecho a la tutela judicial efectiva conocer con qué intensidad y cómo se controlan las actuaciones regladas, discrecionales, los conceptos jurídicos indeterminados.

En efecto, las normas citadas invocan expresamente el principio de proporcionalidad, con un doble propósito: tal vez el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y un efecto secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez.<sup>83</sup>



<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre del 2008, consejero ponente Enrique Gil Botero, radicación 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

Con ello, se invoca que varias pueden ser las soluciones jurídicamente admisibles en las decisiones que son producto de las potestades discrecionales y que pueden ser controladas con fundamento en el principio de proporcionalidad, y, por lo tanto, el juez, quien tiene la última palabra, debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión, y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general.

Tratándose de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, con una intensidad fuerte por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa, por lo cual el control es más denso, porque la proporcionalidad ya viene calculada por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa.<sup>84</sup>

Frente a los conceptos jurídicos indeterminados, no existe ninguna disposición en ninguno de los códigos mencionados, pero el tema ha sido estudiado por el Consejo de Estado, quien ha señalado que, el ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional ha sido la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cubre incluso a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, que en realidad no le dejan a la administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional.<sup>85</sup>

Con lo anterior, estamos señalando que ni las normas que rigen el proceso contencioso-administrativo actual ni la Ley 1437 del 2011 contienen una disposición que establezca el alcance y la intensidad del control sobre los actos discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, el control se basa en los parámetros que se consignan en el artículo 36 del Decreto-Ley 1 de 1984 y el 44 de la Ley 1437 del 2011, que son normas aplicables al momento de la formación del acto discrecional. No existe ninguna disposición que precise el alcance de la actuación de la administración tra-



<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo del 2005, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A.

tándose de conceptos jurídicos indeterminados, pero, conforme se ha visto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado cuál es el límite del control.

En este orden de ideas, nos encontramos con unos parámetros jurisprudenciales que por cierto no han desarrollado íntegramente la materia, pero que constituyen algunos criterios para posibilitar el control. Con ello estamos notando la ausencia de disposiciones, con lo cual el legislativo debe precisar estos aspectos si se le quiere dar alcance al derecho de la tutela judicial efectiva.

### **3.2. Lagunas en el control de la jurisdicción contenciosa administrativa sobre las actuaciones de la administración pública**

La tutela judicial efectiva incluye un mandato al legislativo para que regule el control jurisdiccional especializado de todos los ámbitos de la actuación administrativa, sin que sea posible la existencia de lagunas.

No obstante ello, es de anotar que en nuestras disposiciones jurídicas que regulan el proceso contencioso-administrativo existen dichas lagunas, por cuanto ni el Decreto 1 de 1984 ni la Ley 1437 del 2011 establecen el control judicial que permita al juez contencioso-administrativo, por medio de la acción legal, condenar a la administración para que dicte un acto administrativo, por ejemplo, que expida una licencia urbanística o un plan parcial, o a que actúe o realice una determinada prestación, por ejemplo, que entregue un subsidio familiar de vivienda.

Con esto, estamos resaltando la necesidad de ampliar las garantías que tienden a fortalecer la eficacia de la tutela y que se relacionan con la implementación de acciones legales que redunden en formas de control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana sobre las actuaciones de la administración pública, ya no solo con un sentido revisionista que recae principalmente en el acto administrativo y el que procede *a posteriori*, sino que debe ser ampliado para cobijar situaciones jurídicas como las omisiones que no alcanzan a procurar un daño, las vías de hecho o las obligaciones de hacer, para fortalecer el sistema de control de tal forma que no solo cobije el control objetivo o de legalidad de la administración pública, sino que también comprenda un sistema subjetivo, cuya función es la de proteger íntegramente en la jurisdicción contenciosa administrativa a los individuos en el ejercicio de sus derechos de una manera plena y efectiva.<sup>86</sup>



<sup>86</sup> Desde el punto de vista del derecho comparado, se puede a este propósito consultar: García de Enterría, E., *Las transformaciones de la jurisdicción administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007; García de Enterría, E., "Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo", *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2000, (152); García de Enterría, *Hacia una nueva...*, op. cit.; Fernández Torres, *Jurisdicción...*, op. cit.;

En este sentido, por ejemplo, carecemos de una acción legal donde se puedan cobijar las omisiones administrativas, para que la jurisdicción contenciosa administrativa pueda obligar a la administración a dictar el acto, o a prestar el servicio, o a dar una prestación al individuo, o a impedir que se cumpla con una vía de hecho que lesione el derecho o el interés legítimo de una persona en particular.

Todos estos supuestos donde no existe en la actualidad una acción legal se encuentran bajo el amparo de la acción de tutela, no obstante de que se trata de derechos subjetivos quebrantados por la administración pública que no necesariamente implican de suyo un derecho fundamental, sino que se encuentran relacionados con estos. Ello ha causado que tanto la jurisdicción constitucional como la administrativa conozcan de conflictos que por naturaleza son administrativos, para propiciar lo que se ha denominado un recurso sencillo y efectivo, evitando así que el interesado acuda a ambas jurisdicciones para tratar de hacer proteger sus derechos, lo que en la práctica ha causado conflictos entre estas jurisdicciones y en la misma seguridad jurídica que hace parte del Estado de derecho. Lo ideal es que se pudieran ventilar este tipo de asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa, con esta perspectiva constitucional, con lo cual se fortalecería la eficacia de la jurisdicción contenciosa administrativa, y que se delimite la acción de tutela de los casos que deberían ser decididos por esta jurisdicción.

Con lo anterior, estamos además señalando que la acción de tutela debe tener realmente el carácter de excepcional que el Decreto-Ley 2591 de 1991 le ha concedido, y en esa medida la jurisdicción contenciosa administrativa debe ser siempre la veedora última de las actuaciones de la administración pública y de los particulares que ejercen función administrativa, con la capacidad jurídica de determinar en cada caso hasta qué punto el poder público ha irrumpido ilegalmente el derecho o el interés legítimo de la persona, y, por lo tanto, deducir sus consecuencias y ejecutar su sentencia.

### **3.3. Medidas cautelares**

Existe la necesidad de que la jurisdicción le asegure a las partes que sus decisiones se puedan ejecutar, siendo este uno de los elementos más valiosos de la tutela judicial efectiva y que excede el marco de las garantías procesales que se deducen del debido proceso, del derecho a la defensa y del acceso a la justicia, pues el legislador debe establecer instituciones que redun-

---

Fernández Torres, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998; Martín Rebollo, L., "La justicia administrativa ante el texto constitucional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, (19).

den en la posibilidad de que el juez pueda realmente ejecutar su sentencia. Una de las variables más importantes de las cuales depende la ejecución de la sentencia son las medidas cautelares.

Basados en el principio de acceso a la justicia y en el debido proceso, que incluyen entre otros subprincipios la celeridad, economía, seguridad jurídica, eficacia, etcétera, no resulta posible asegurar que hubiera regido el derecho a la tutela judicial efectiva porque la suspensión provisional es un recurso procesal que se encuentra regulado en el artículo 152 del Decreto-Ley 1 de 1984 y que cubre únicamente los efectos de los actos administrativos, dejando por fuera otro tipo de actuaciones administrativas,<sup>87</sup> de donde se patentiza el carácter revisionista y de control de legalidad objetiva de los actos administrativos que caracteriza a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Además, tal medida cautelar<sup>88</sup> es restrictiva y permite la adopción de la norma en forma muy excepcional, por cuanto antes de la admisión de la demanda se debe hacer la solicitud demostrando la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de ella, esto es, que dicha infracción sea perceptible a primera vista, “por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”.<sup>89</sup>

Tal medida cautelar opera frente a la impugnación de los actos administrativos y fue concebida y aplicada en forma exageradamente restrictiva, porque el demandante debe demostrar que existe una violación manifiesta del ordenamiento superior que le sirve de causa al acto. Como se observa, el bien que se busca proteger no es el perjuicio irremediable que el acto pueda producir en el demandante ni es tampoco la garantía de ejecución de la sentencia, sino que lo que se busca garantizar es la legalidad de las actuaciones de la administración.

Se deduce por demás el contenido formalista del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, pues la única oportunidad procesal que prevé para la solicitud de la suspensión provisional es con la presentación de la demanda o por escrito separado, allegado antes de que esta sea admitida,



<sup>87</sup> Para ilustrar este tema, se pueden consultar los autos que reiteran la procedencia de la suspensión provisional frente a actos administrativos unilaterales. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 26 de octubre de 1992, Expediente 825, consejero ponente Jorge Penen Delieure; auto del 28 de junio de 1990, consejero ponente Gustavo de Greiff Restrepo, salvamento de voto: Carlos Betancur Jaramillo; auto del 14 de septiembre de 1990, Expediente 2834, consejero ponente Jaime Abella Zárate, salvamento de voto: Guillermo Chahín Lizcano, y sentencia 08001-23-31-000-2003-01953-01(34059), del 19 de julio del 2007, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>88</sup> Se encuentra previsto en el Decreto-Ley 1 de 1984, con las reformas que se encuentran en el Decreto Extraordinario 2304 de 1989, artículo 152 y siguientes.

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 31 de agosto del 2000, expediente radicado 110010326000200900116 00 (37.785), consejera ponente María Elena Giraldo Gómez.

dejando por fuera otro tipo de conflictos o de circunstancias que pueden ser tutelables cautelarmente y que pueden darse en cualquier otro momento procesal.

Por ejemplo, al no haberse solicitado u obtenido la suspensión provisional en el momento procesal indicado, la administración en el procedimiento de ejecución del acto puede perjudicar o causar daños irremediabiles frente a los derechos o intereses legítimos de las personas, vislumbrándose una causa de indefensión del actor.

Con la misma rigidez, contempla dicha disposición que la suspensión provisional se podrá otorgar cuando se trate de una manifiesta infracción en la que pueda incurrir la administración, deduciendo la jurisprudencia para la procedencia de la medida que el acto debe incurrir en una violación grosera de las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud, es decir, vulneración del orden superior en altísima intensidad y, por ende, control objetivo. Se excluyen, de otro lado, los eventos de control urgente y oportuno, donde hay violación grave, pero no ostensible. Con estas circunstancias, cuenta la administración con la ventaja de la ejecución del acto no ostensiblemente irregular, dejando la incertidumbre de si cuando se adopte la sentencia esta pueda ejecutarse.

Si se trata de una acción distinta a la de nulidad, además de la demostración de la violación manifiesta del ordenamiento superior, el titular del derecho o el que detenta el interés legítimo debe demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto administrativo demandado causa o podría causar al actor.

La doctrina<sup>90</sup> considera que se debe tratar de un perjuicio grave, porque se señala que la supresión de dicho calificativo se hizo por obviedad, pues debe tratarse en todo caso de perjuicios graves, ya que si se entiende que se trata de cualquier perjuicio "... significaría la consagración del abuso del derecho".

La jurisprudencia de la jurisdicción administrativa no exige la gravedad, sino su acreditación,<sup>91</sup> sin hacerse ningún cuestionamiento de si se trata de perjuicios irremediabiles.

De manera reiterada ha insistido el Consejo de Estado en los requisitos de procedencia de la suspensión provisional<sup>92</sup> y no ha hecho ejercicios de ponderación que permitan establecer si podrían derivarse perjuicios irremediabiles con la ejecución del acto, mientras se tramita el proceso, o si existe para



<sup>90</sup> Betancur Jaramillo, C., *Derecho procesal administrativo*, 7ª ed., Señal Editora, Medellín, 2009, p. 328.

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 3 de febrero de 1989, consejero ponente Reynaldo Arciniegas Baedecker, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de enero 21 de 1999, Expediente 15111, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque.

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 21 de octubre del 2009, Radicación 11001-03-26-000-2009-00084-00(37156), consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.

alguna de las partes un derecho con buena apariencia, o si con la falta de ejecución del acto se pudiera producir una grave perturbación a los intereses públicos o a los derechos de las personas y/o terceros, o de no adoptar las medidas no se podría ejecutar la sentencia.<sup>93</sup>

Reitera la jurisprudencia<sup>94</sup> de la jurisdicción contenciosa administrativa que la suspensión provisional tiene a su amparo parámetros legales que desembocan en examinar únicamente la legalidad de la actuación y que impiden que la figura sea operativa y proteja oportunamente los derechos e intereses legítimos de las personas.

La pregunta que salta a la vista ante tal aseveración es, si ante la cuestionada existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, ha debido dicha jurisdicción interpretar de manera diversa, a su tradicional jurisprudencia, los supuestos de procedencia de la suspensión provisional.

Algunos casos<sup>95</sup> en los que se debate la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos han permitido mostrar que este instituto precautorio y que se fundamenta en el principio de legalidad<sup>96</sup> está concebido para castigar los errores groseros de ilegalidad en que incurra la administración cuando expida sus actos, siempre que aparezcan a primera vista en un proceso comparativo a doble columna. Sin embargo, en ocasiones, como aparece en el ejemplo que se cita, no basta hacer la comparación de esta con el texto normativo contenido en la ley aducida por el demandante como presuntamente desconocido, sino que es menester realizar un mayor estudio.<sup>97</sup>



<sup>93</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 27 de septiembre del 2007, Radicación 13001-23-31-000-2003-00453-01(1034-07), consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 18 de junio del 2009, Radicación 50001-23-31-000-2009-00076-01(17657), consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>94</sup> En lo relativo a la verificación de la prueba de la infracción ostensible de disposiciones legales, deducible por la simple confrontación directa del acto con la norma que se considera violada y recaba que esta infracción manifiesta debe ser producto de un elemental y sencillo cotejo entre ellos, y, si, por el contrario, fuera necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar.

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto Radicación 110010326000201000004 00 (38.053), del 3 de marzo del 2010, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>96</sup> El principio de legalidad se deduce del preámbulo y los artículos 1º, 6º, 121 y 122 constitucionales.

<sup>97</sup> Destacó el Consejo de Estado en dicha providencia que de la sola confrontación de los actos enjuiciados con las citadas normas no salta a la vista una ilegalidad ostensible de la disposición acusada, señalando que es menester realizar un mayor estudio en el que se desarrolle una serie de aspectos que permitan establecer, entre otros aspectos, si la Ley 80 de 1993 prima o no sobre la Ley 446 de 1998; si las entidades estatales están habilitadas a recurrir a este instrumento; y si el gobierno, independientemente de su contenido material, compiló una norma que no estaba vigente. De la simple comparación del acto administrativo con la disposición legal que le sirvió de fundamento hubiera podido el Consejo de Estado vislumbrar la contradicción evidente, pues el acto administrativo demandado permite la amigable composición, mientras que la ley la establece solo para los particulares. Sin embargo, abandonó el parámetro establecido en el Código Contencioso Administrativo y adicionó una serie de interrogantes que no se

Ello ha llevado a que se cuestione frecuentemente si en cada caso se puede verificar o no la intensidad de lo ostensible del quebranto jurídico, donde es fuente de incertidumbre jurídica la pregunta relativa a establecer a partir de cuándo se puede verificar lo ostensible, palmario, radical y evidente del quebranto del ordenamiento jurídico superior por parte del acto.<sup>98</sup>

Con la *ratio decidendi* de esta providencia, resulta sencillo entrever que en la mayoría de casos habrá cuestionamientos que el juez puede extraer del espectro de la legalidad de la actuación administrativa para negar lo ostensible de la infracción.

Ese mismo grado de dificultad puede predicarse para las solicitudes de tutela cautelar para acciones distintas de la nulidad, puesto que, además del ostensible quebranto del orden superior que le sirve de causa al acto, debe demostrarse el perjuicio sufrido o que se sufrirá con el acto, sin conocerse con toda la seguridad jurídica si se trata de un perjuicio irreparable o irresarcible.

De otro lado, el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de enero del 2008,<sup>99</sup> que definía una acción popular siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional C-646 del 2002<sup>100</sup> y fundada en lo prescrito por el artículo 2º de la Carta Política extrajo el principio de la efectividad de los derechos y destacó que el juez debe definir, dentro del proceso, el medio más eficaz para promover la defensa y el cumplimiento de los derechos de los administrados, de la ley y de un orden justo.<sup>101</sup>

Sin embargo, este argumento que es excepcional demuestra cierta ambivalencia en sus providencias, pues uno es el criterio con el que se sentencian los procesos de índole constitucional y otros los que aplican para los procesos contencioso-administrativos, no obstante que se trata de la misma corporación judicial.

Ante lo restrictivo de los requisitos de procedibilidad de la suspensión provisional y ante un perjuicio irremediable, se ha establecido la posibilidad

---

infiere de la simple comparación y a dos columnas para concluir que se debe ir al fondo del asunto para poder determinar la legalidad o no de la actuación administrativa.

<sup>98</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto 110010326000200900116 00 (37.785), del 18 de marzo del 2010, consejera ponente Ruth Stella Correa. Ver salvamentos de voto de Miriam Guerrero de Escobar y Enrique Gil.

<sup>99</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 15 de enero del 2008, radicación 73001-23-31-000-2007-00596-01(AC), consejero ponente Gustavo E. Gómez Aranguren.

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-646 del 2002, de 13 de agosto, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

<sup>101</sup> La Corte Constitucional en la sentencia reseñada y en la que conoció de la demanda de constitucionalidad presentada contra el artículo 142 del Decreto 1 de 1984, "por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", recalcó que, para hacer posible la efectividad de las actuaciones procesales, el juez contencioso debe tener en cuenta el principio de acceso a la administración de justicia, así como el principio de la economía procesal, entendido como una garantía del debido proceso, y el deber que tiene de lograr que los derechos transiten por los canales constitucionales adecuados.

de que la jurisdicción constitucional, vía acción de tutela, en aplicación de los artículos 7° y 8° del Decreto 2591 de 1991, haya tutelado los derechos fundamentales vulnerados con actos administrativos que aún no se han ejecutado, lo cual desdibuja el carácter de sencillo y efectivo de la tutela cautelar.

Por regla general, la acción de tutela no es procedente para proteger derechos individuales consagrados en la ley que son llamados a ser ventilados en un proceso contencioso-administrativo,<sup>102</sup> por cuanto ella no fue establecida como instancia alterna, coetánea o paralela con los mecanismos de defensa judicial ordinarios. Excepcionalmente, se puede hacer uso de la acción de tutela cuando existiendo vulneración del derecho no se disponga de otro medio de defensa judicial o se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>103</sup> y cuando otro medio de defensa existe, pero en la práctica resulta en el caso concreto ineficaz, evento en el cual se procura amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. Esta causa fue introducida por la jurisprudencia de la Corte.<sup>104</sup>

En consecuencia, los criterios definidos por la jurisprudencia de la Corte parten de las consideraciones especiales del caso, bajo el espectro de la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial y de los elementos que constituyen el perjuicio irremediable.<sup>105</sup>

En este orden de ideas, los puntos de encuentro que se presentan entre la acción de tutela y la suspensión provisional prevista en el Código Contencioso Administrativo se derivan del hecho de que ambos institutos jurídicos son procedimientos judiciales que pueden proteger con un sentido de oportunidad el derecho o el interés legítimo de una persona. En esa medida, la Corte Constitucional ha interpretado que el trámite precautorio de la suspensión



<sup>102</sup> La acción de tutela se encuentra prevista en el artículo 86 de la C.P. y en el Decreto 2591 de 1991, entendida como una acción constitucional, mediante la cual toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

<sup>103</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

<sup>104</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-414 del 6 de mayo, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, y SU-961 del 1° de diciembre de 1999, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>105</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-713 del 23 de agosto del 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

provisional previsto en el proceso contencioso-administrativo es eficaz, porque en un breve espacio de tiempo<sup>106</sup> se pueden cautelar derechos subjetivos. Sin embargo, en algunos casos, ha reconocido que de manera excepcional puede la acción de tutela ser admisible y tener el efecto de suspensión de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo,<sup>107</sup> para proteger derechos fundamentales en asuntos que son del trámite de la jurisdicción administrativa, o en los casos de actos preparatorios o de trámite y de ejecución, o de los que se deducen vías de hecho de la administración, o por obligaciones de hacer, o prestación, o de los actos policivos excluidos del conocimiento de la jurisdicción administrativa por virtud del artículo 82 de este Código, en cuyo caso puede adoptar las medidas cautelares que se enuncian en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991.<sup>108</sup> Con ello, dos jurisdicciones diversas pueden conocer de un asunto en el que el juez natural es la jurisdicción contencioso-administrativa.

En estos casos, la facultad del juez constitucional es de carácter temporal y excepcional y tiene la finalidad de dejar de aplicar el acto en la situación jurídica concreta. Ello implica que es el juez administrativo de la causa quien adoptará la decisión definitiva que corresponda al caso, pero, además, que el interesado tiene que acudir tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa como a la constitucional para lograr una tutela judicial, lo cual ciertamente no es eficaz.

También procede la tutela<sup>109</sup> para evitar un perjuicio irremediable<sup>110</sup> cuando con la ejecución del acto continuara la violación o amenaza del derecho, sin que exista en el proceso ordinario vía procesal a través de la



<sup>106</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-127 del 6 de febrero del 2001, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

<sup>107</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

<sup>108</sup> Señala la disposición citada: "Artículo 7º. *Medidas provisionales para proteger un derecho.* Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado".

<sup>109</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-440 del 5 de octubre de 1994, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

<sup>110</sup> Entendido este por la Corte Constitucional, Sentencia T-609 del 9 de junio del 2005, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, como un riesgo inminente de que se va a producir de manera cierta y evidente un daño grave sobre un derecho fundamental que de ocurrir no existirá forma de reparar.

cual se pueda ventilar este asunto,<sup>111</sup> el cual debe tramitarse a través de la tutela, no obstante la existencia del proceso contencioso-administrativo, porque la única oportunidad de solicitar la suspensión provisional es hasta antes de la admisión de esta.

En esa medida, encuentra la Corte en la sentencia citada que existe cierta prevalencia de la acción de tutela sobre la suspensión provisional del acto administrativo y considera que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso-administrativa, y dentro del proceso a que da lugar aquella se pueden adoptar, autónomamente, las medidas provisionales a las que se refiere el artículo 7° del citado Decreto, pues pueden existir instrumentos de protección simultáneos y concurrentes, si ellos, a juicio del legislador, conducen a la finalidad constitucional de lograr la efectividad de aquellos.

Según la Corte Constitucional, tal conclusión es admisible además, pues el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991 no impone como limitante a la acción que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa la suspensión provisional. Así mismo, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente que se decrete o no la suspensión provisional en el proceso contencioso-administrativo, mientras que el juez constitucional está facultado para decretar las medidas provisorias a que alude el artículo 7° citado.

Así, la acción de tutela prevalece sobre la acción contencioso-administrativa no quedando anulada o limitada en el evento en que la jurisdicción contencioso-administrativa se hubiere pronunciado favorable o adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes.<sup>112</sup>

Finalmente, la Ley 1437 del 2011 establece las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo para dar respuesta al enorme vacío que se presenta en el sistema de protección eficaz de los derechos.

Así se estableció en el artículo 229 la procedencia de medidas cautelares en todos los procesos declarativos que se adelanten en la jurisdicción contenciosa administrativa antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso; a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de



<sup>111</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>112</sup> *Ibid.*

acuerdo con lo regulado en el presente capítulo, con lo cual se ha dado un paso importante a favor de la tutela judicial efectiva y sus implicaciones.

Son procedentes las medidas cautelares en todos los procesos que son del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, contemplándose en especial en el proceso declarativo y en el trámite de las acciones constitucionales de las cuales conoce la jurisdicción contenciosa administrativa, con lo cual se subroga el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, que regula la acción de tutela, los artículos 25, 26, 58 y 59 de la Ley 472 de 1998, en lo que se refiere a las acciones populares y las de grupo.

La oportunidad para solicitar la medida cautelar es amplia, pues tales medidas se pueden pedir en cualquier momento del proceso, lo cual significa que se excluyen después de dictada la sentencia.

El artículo 234 contempla las medidas cautelares de urgencia que se caracterizan por ser concedidas inaudita parte, previa caución y deben ser cumplidas en forma inmediata. La gran pregunta que surge es si tal medida procede incluso antes de la presentación de la demanda correspondiente, pues se señala que se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233, es decir, el que procede para las medidas cautelares ordinarias.

La solicitud de la medida cautelar debe sustentarse y la decisión que al respecto se adopte debe ser motivada, con lo cual se acota la diferenciación en cuanto a la procedencia de la medida cautelar en los procesos de control objetivo de legalidad, que siempre es a petición de parte, mientras que en los procesos de naturaleza constitucional procede incluso de oficio. En todo caso, en virtud de la vigencia del Estado de derecho, debe el juez motivar la providencia que concede o niega la medida cautelar.

Las medidas cautelares que proceden se encuentran establecidas en una fórmula innominada, pues la disposición señala que el juez puede decretar todas las medidas que sean necesarias, lo cual dependerá de cada caso concreto, con lo cual se amplía sustancialmente el poder del juez, por cuanto en el régimen actual únicamente podía suspender los efectos del acto administrativo en cuestión. Sin embargo, el límite a tan amplias potestades es que la medida o las medidas que se adopten deben servir para poder garantizar el objeto del proceso, es decir, la efectividad y ejecución de la sentencia o impedir que el recurso pierda su finalidad legítima, que en el derecho comparado constituye una manifestación del derecho a la tutela cautelar que se deduce de la tutela judicial efectiva.

El artículo 234 que regula las medidas cautelares de urgencia, cuya redacción implica más una preocupación por el espacio temporal de la medida y las razones de procedencia que la regulación del objeto de esta, pues no alude a que la finalidad de ellas sea la efectividad y ejecución de la sentencia

o impedir que el recurso pierda su finalidad legítima. Sin embargo, ha de interpretarse que se trata de garantizar el objeto del proceso y la ejecución de la sentencia.

Será pues la jurisprudencia la que irá definiendo las condiciones para que opere la solicitud de las medidas cautelares de urgencia, las circunstancias de especial urgencia, la valoración de los intereses en conflicto y la caución que la parte correspondiente debe prestar, salvo en los casos excluidos en el tercer inciso del artículo 232 de la Ley 1437 del 2011.

## CONCLUSIONES

El método aplicado para deducir la existencia real del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva mostró que existen en los procesos las garantías procesales que se predicen en todo tipo de procesos, pero que faltan elementos para predicar la vigencia real y la definición de los alcances y límites del derecho a la tutela judicial efectiva en Colombia.

Existe la necesidad de fortalecer el sistema de protección de los derechos fundamentales, públicos subjetivos e intereses legítimos dentro del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo.

Se deben establecer los presupuestos sobre los cuales se debe ponderar de manera circunstanciada los derechos de las partes del proceso con respecto del interés general, para que con ello pueda el juez garantizar la ejecución de la sentencia, evitar perjuicios irremediables y lograr la protección efectiva de los derechos individuales de las personas.

Se requiere una nueva visión legislativa que permita extraer no solo las garantías procesales, sino procurar que el sistema de protección sea completo, denso y efectivo, para lo cual se deben implantar formas de control subjetivo y cobijar situaciones de extrema urgencia, la inactividad o las vías de hecho que se desprenden de los actos y operaciones administrativas, evitando establecer requisitos desmesurados que hagan difícil la protección de los derechos e intereses legítimos.

Ello, a su turno revierte en el juez, quien debe asumir una aptitud *pro actione* y favorecedora de los derechos fundamentales en equilibrio con el interés general, con fundamento en las garantías procesales que se encuentran en la Constitución.

Para evitar una yuxtaposición entre los mecanismos de protección legal y los constitucionales, debe procurarse una regulación que canalice todas las actuaciones administrativas y que son propias de su conocimiento, para evitar que por vía de tutela sean conocidos por la jurisdicción constitucional, con lo cual se fortalece la jurisdicción contenciosa administrativa con

su visión especializada y efectiva frente a los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alzaga Villamil, Ó.; Gutiérrez Gutiérrez, I. & Rodríguez Zapata, J., *Derecho político español, según la Constitución de 1978 II. Derechos fundamentales y órganos del Estado*, 4ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
2. Araújo Oñate, R., "El preámbulo de la Constitución, los principios y valores constitucionales y la justicia administrativa", en Restrepo Medina, M. A. (coord.), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
3. Bacigalupo Saggese, M., "El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991", *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1992, (128).
4. Barnés Vásquez, J., "Addenda: un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la Constitución italiana", en Barnés Vásquez, J. (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
5. Barnés Vásquez, J., "La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)", en: Barnés Vásquez, J. (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
6. Beltrán de Felipe, M., "Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso administrativo", en Martín-Retortillo Baquer, S., *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor E. García de Enterría*, 1991, Vol. 4 Del poder judicial, organización territorial del Estado.
7. Betancur Jaramillo, C., *Derecho procesal administrativo*, 7ª ed., Señal Editora, Medellín, 2009.
8. Blanke, H. J., "La legitimación procesal - Ilustrado en el derecho alemán y comparado del medio ambiente", en Aberastury, P. (coord.), *Ley de la justicia alemana*, Konrad Adenauer Stiftung y Abeledo Perrot Ed., Uruguay, 2009.
9. Cano Mata, A., "El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional, artículo 24 de la Constitución", *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1984.
10. Cifuentes Muñoz, E., "Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (síntesis de la doctrina constitucional)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1999, (3).
11. Colombia, Congreso de la República, Ley 1437 del 2011, que entrará a regir el 2 de julio de 2012.
12. Colombia, Congreso de la República, Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

13. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, auto de 26 de octubre de 1992, Exp. 825, C. P. Jorge Penen Delieure.
14. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, auto de 28 de junio de 1990, C. P. Gustavo de Greiff Restrepo, salvamento de voto: Carlos Betancur Jaramillo.
15. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, auto de 14 de septiembre de 1990, Exp. 2834, C. P. Jaime Abella Zárate, salvamento de voto: Guillermo Chahín Lizcano.
16. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 08001-23-31-000-2003-01953-01(34059), del 19 de julio de 2007, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
17. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, auto del 31 de agosto de 2000, Exp. 110010326000200900116 00 (37.785), C. P. María Elena Giraldo Gómez.
18. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, auto del 3 de febrero de 1989, C. P. Reynaldo Arciniegas Baedecker.
19. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, auto de enero 21 de 1999, Exp. 15111, C. P. Ricardo Hoyos Duque.
20. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, auto del 21 de octubre del 2009, Rad. 11001-03-26-000-2009-00084-00(37156), C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
21. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, auto del 27 de septiembre del 2007, Rad. 13001-23-31-000-2003-00453-01(1034-07), C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
22. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, auto del 18 de junio del 2009, Rad. 50001-23-31-000-2009-00076-01(17657), C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
23. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Auto 110010326000201000004 00 (38.053), del 3 de marzo del 2010, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
24. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Auto 110010326000200900116 00 (37.785), del 18 de marzo del 2010, M. P. Ruth Stella Correa, salvamentos de voto de Miriam Guerrero de Escobar y Enrique Gil.
25. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 15 de enero del 2008, Rad. 73001-23-31-000-2007-00596-01(AC), C. P. Gustavo E. Gómez Aranguren.
26. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, del 5 de febrero, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

27. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1195 del 2001, del 15 de noviembre, MM. PP. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy.
28. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.
29. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-192 del 2006, del 15 de marzo, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
30. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.
31. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 1998, del 30 de junio, M. P. Carlos Gaviria Muñoz.
32. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997.
33. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997.
34. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-375 del 2004, del 27 de abril, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
35. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995.
36. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-646 del 2002, del 13 de agosto, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
37. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-774 del 2001.
38. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-804 del 2006, del 27 de septiembre, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
39. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-820 del 2006, del 4 de octubre, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
40. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, del 3 de febrero, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
41. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
42. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-713 del 2006, del 23 de agosto, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
43. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999, del 1º de diciembre, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
44. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-004 de 1995.
45. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992.
46. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 1993, del 4 de mayo, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
47. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 1993.
48. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-247 del 2007, del 10 de abril, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
49. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
50. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-275 de 1993.
51. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-348 de 1993.
52. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-414, del 6 de mayo, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

53. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 1994, del 5 de octubre, M. P. Fabio Morón Díaz.
54. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-568 de 1999.
55. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1992.
56. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-609 del 2005, del 9 de junio, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
57. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-905 del 2006, del 3 de noviembre, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
58. Colombia, Gobierno Nacional, Decreto-Ley 1 de 1984.
59. Corte Constitucional, Sentencia T-127 del 2001, del 6 de febrero, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
60. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9 de 1987, del 6 de octubre, Serie A N° 9.
61. De la Sierra, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004.
62. Díez-Picazo Giménez, L. M., *Estudios y comentarios legislativos*, Civitas - Aranzadi, Madrid, 2008, en <<http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=Ie4f2210016fb11dfa59e010000000000&srguid=ia744900c000012ab7bde258b6a43c17>>.
63. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, STC 32 de 1982, del 7 de junio, P. Gloria Begué Cantón.
64. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, STC 22 de 1982, del 12 de mayo, P. Luis Díez Picazo.
65. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, SSTC 176 del 2001, del 24 de marzo.
66. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, SSTC 236 del 2007, del 20 de diciembre.
67. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 136 de 1995, del 25 de septiembre.
68. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 142 de 1994, de 9 de mayo.
69. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 176 del 2001, del 24 de marzo.
70. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 817 de 1997, de 4 junio.
71. España, Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 9 de 1982, de 10 de marzo.
72. Fernández Torres, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

73. Fernández Torres, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.
74. García de Enterría, E. & Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.
75. García de Enterría, E., "Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo", *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2000, (152).
76. García de Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992.
77. García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985.
78. García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1983.
79. García de Enterría, E., *Las transformaciones de la jurisdicción administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007.
80. Martín Rebollo, L., "La justicia administrativa ante el texto constitucional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, (19).
81. Parejo Alfonso, L., "La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa; a propósito de los artículos 24 y 104 del anteproyecto de Constitución", *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 1977, (84).
82. Restrepo Medina, M. A., "La necesidad de ampliar la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, julio-diciembre, año/vol. 7, (2).
83. Sánchez Morón, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
84. Sommermann, K.-P., "El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho", en Aberastury, P. (coord.) *Ley de la justicia alemana*, Konrad Adenauer Stiftung y Abeledo Perrot Ed., Uruguay, 2009.
85. Sommermann, K.-P., "La justicia administrativa alemana", en: Barnes Vásquez, J., (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
86. Younes Moreno, D. & Mejía Novoa, M. A., *Colección de reformas en la rama judicial*, 2ª ed. actualizada, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), GMBH, Bogotá, 2006, tomo I Descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.